Enrique Bacigalupo

Derecho penal

Parte general

2ª edición
totalmente renovada y ampliada

hammurabi
JOSE LUIS DEPALMA ♦ EDITOR

©
Copyright by
EDITORIAL HAMMURABI SRL

Talcahuano 481 - 4º piso.
1013 - Buenos Aires.
República Argentina.
Tel.: 4382-3586.
Fax: (54-11) 4382-4745.
E-mail: info@hammurabi.com.ar

Impreso en agosto de 1999
en los talleres gráficos
Impresiones Sud América,
Andrés Ferreyra 3767/69.
Buenos Aires.
República Argentina.

Hecho el depósito de ley 11.723
Derechos reservados
Prohibida su reproducción total o parcial

Impreso en Argentina
Printed in Argentina

edición rústica
ISBN 950-741-073-2

edición encuadernada
ISBN 950-741-074-0

Enrique Bacigalupo

CATEDRATICO DE DERECHO PENAL. MAGISTRADO DEL TRIBUNAL SUPREMO DE ESPAÑA

Derecho penal

Parte general

2ª edición totalmente renovada y ampliada

hammurabi

JOSE LUIS DEPALMA ♦ EDITOR

Prólogo a la segunda edición

La sanción del nuevo Código Penal español ha sido, en realidad, el pretexto para renovar totalmente el contenido teórico de este libro. Los años transcurridos desde su primera edición fueron ricos en ideas innovadoras que requerían ser consideradas en una nueva edición. Los cambios, como verá el lector, no son pocos. Si bien se ha renunciado a las referencias a los códigos penales iberoamericanos, lo cierto es que el aporte conceptual sigue teniendo aplicación, «mutatis mutandis», en dichas legislaciones penales.

En esta edición reitero mi agradecimiento a EDITORIAL HAMMURABI, *y a su director don* JOSE LUIS DEPALMA *por su cuidadosa labor editorial.*

ENRIQUE BACIGALUPO
Madrid, julio de 1999

Prólogo a la primera edición

La presente edición es para mí un motivo de inmensa satisfacción, pues, en realidad, a pesar de la distancia, el lector argentino fue, desde el primer momento de gestación de este trabajo, un destinatario especialmente tenido en cuenta. La aparición del libro en Buenos Aires es, por lo tanto, una forma prácticamente natural de continuar un diálogo científico para mí siempre enriquecedor.

Desde hace tiempo albergo el propósito de escribir una obra de las características de la presente, dedicada exclusivamente al derecho penal argentino. No excluyo que ello pueda ocurrir en el futuro y que, en sucesivas ediciones, este derecho penal vaya contemplando, cada vez de una manera más particularizada, el desarrollo doctrinario y la jurisprudencia argentinos.

Como es claro, en la elaboración de la parte general del derecho penal se requiere una aproximación progresiva a sus objetivos. Este desarrollo, de todos modos, difícilmente alcanzaría conclusiones definitivas, sobre todo cuando en la actualidad la ciencia del derecho penal atraviesa un momento de transición, caracterizado por un método muchísimo más cercano a los casos individuales y a las diversas constelaciones de ellos y, por eso mismo, por una dogmática orientada a la práctica de una manera más directa que la de fases anteriores.

El texto de la presente edición reproduce, con mínimas variaciones, el de la edición colombiana de 1984. Si bien es cierto que en los últimos años han hecho su aparición obras importantes que merecerían ser consideradas aquí, he creído que no ha llegado aún el momento para una revisión de la obra como la que justificaría una nueva edición.

Antes de concluir estas palabras preliminares deseo agradecer a JOSE LUIS DEPALMA, director de EDITORIAL HAMMURABI, por el esfuerzo editorial y a ERWIN GUERRERO, gerente de TEMIS, Bogotá, por su gentileza de permitir la presente edición argentina.

ENRIQUE BACIGALUPO
Madrid, setiembre de 1987

Indice general

Prólogo a la segunda edición 9
Prólogo a la primera edición 11

PARTE PRIMERA

INTRODUCCION Y TEORIA DE LA LEY PENAL

Capítulo I
CUESTIONES FUNDAMENTALES

A — *EL DERECHO PENAL. FUNCION Y LEGITIMACION*

§ 1. La función del derecho penal y las teorías de la pena 29
a) Teorías absolutas 31
b) Teorías relativas 33
c) Teorías de la unión 37
d) Teoría de la prevención general positiva 39
§ 2. ¿Estabilización de expectativas normativas, protección de valores ético-sociales de acción o protección de bienes jurídicos? 43
§ 3. La extensión de las funciones del derecho penal: el sistema de "doble vía" 46
§ 4. El derecho penal en el sistema sancionatorio del derecho público 53

B — *DOGMATICA PENAL, CRIMINOLOGIA Y POLITICA CRIMINAL*

§ 5. La dogmática penal 55
§ 6. El método de la dogmática penal 56

§ 7. Los conocimientos empíricos sobre la criminalidad y la criminalización 71
a) El derecho penal y la criminología orientada al autor del delito.. 72
b) El derecho penal y la moderna sociología criminal 74

§ 8. La reforma del derecho penal y la política criminal 75
a) Política criminal y dogmática penal en el marco del positivismo 76
b) Puntos de vista superadores del marco positivista 77

C — *ESQUEMA HISTORICO DE LOS FUNDAMENTOS DE LAS LEGISLACIONES PENALES MODERNAS*

§ 9. La tradición del Iluminismo: las ideas de seguridad y humanidad ... 80
§ 10. La influencia del idealismo alemán: moralidad y talión 81
§ 11. La influencia del positivismo: utilidad social y penalidad 84
§ 12. Los recientes movimientos de reforma: resocialización y dignidad de la persona 87
§ 13. La reforma de la reforma: el temor a la liberalización del derecho penal 88
§ 14. El derecho penal en la Unión Europea 89
§ 15. Los códigos penales españoles 90
a) El Código Penal de 1822 90
b) El Código Penal de 1848 92
c) El Código Penal de 1870 93
d) El Código Penal de 1928 94
e) El Código Penal de 1932 95
f) El Código Penal de 1944 96
g) El texto refundido de 1973 y la reforma de 1983 97

§ 16. Los distintos proyectos de Código Penal 97
a) El Proyecto de 1980 97
b) La propuesta de Anteproyecto de 1983 99
c) Los proyectos posteriores (1992 y 1994) 99

§ 17. El Código Penal de 1995 100

Capítulo II
LOS PRINCIPIOS BASICOS

A — *EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD*

§ 18. Fundamentos del principio de legalidad 103
§ 19. Principio de legalidad y "rigurosa aplicación de la ley" en el sentido del art. 4°.3 del Código Penal español 108
§ 20. Las consecuencias prácticas del principio de legalidad 126

a) *Lex certa* 126
b) *Lex stricta* 128
c) *Lex scripta*: la ley como única fuente del derecho penal 133
d) *Lex praevia* 134
e) Cuestiones especialmente debatidas sobre el alcance del principio de legalidad 136

§ 21. La jurisprudencia del Tribunal Constitucional español 140
§ 22. La problemática constitucional de las leyes penales en blanco 157
a) Alcance y concepto 157
b) Significación constitucional 159
c) Efectos de la declaración de inconstitucionalidad del complemento normativo 162
d) ¿Causas de justificación en blanco? 165

B — *EL PRINCIPIO DE CULPABILIDAD*

§ 23. Fundamento, contenido y función del principio de culpabilidad 168
§ 24. Principio de culpabilidad y concepto jurídico-penal de culpabilidad. 171
§ 25. Críticas al principio de culpabilidad 171

Capítulo III
LA VALIDEZ DE LA LEY PENAL

A — *VALIDEZ ESPACIAL DE LA LEY PENAL*

§ 26. Aplicación de la ley penal en el territorio del Estado 176
a) Concepto de "territorio" 176
b) Concepto de "lugar de comisión" 177

§ 27. Principios que justifican la aplicación de la ley penal a hechos cometidos fuera del territorio del Estado 181
a) Principio real o de defensa 181
b) Principio de la nacionalidad o de la personalidad 182
c) Principio universal o del derecho mundial 182
d) Principio del derecho penal por representación 184

§ 28. La fundamentación de los principios del derecho penal internacional 185

B — *VALIDEZ TEMPORAL DE LA LEY PENAL*

§ 29. El principio fundamental: aplicación de la ley vigente en el momento de la comisión del delito 186

a) El momento de comisión del delito 187
b) El fundamento de la exigencia de ley previa 187

§ 30. Excepciones del principio fundamental 188
a) Retroactividad de la ley más favorable 188
1. Determinación de la ley más favorable 189
2. Leyes intermedias más favorables 190
3. Vigencia de la ley más favorable 191
b) Excepciones a la retroactividad de la ley más favorable: ultraactividad de las leyes penales temporales y excepcionales 192

C — *VALIDEZ PERSONAL DE LA LEY PENAL*

§ 31. Excepciones para el Jefe del Estado 194
§ 32. Inviolabilidad e inmunidad de diputados y senadores 194
§ 33. Privilegios acordados por el derecho internacional (diplomáticos y tropas extranjeras) 195

PARTE SEGUNDA

TEORIA DEL HECHO PUNIBLE COMO TEORIA DE LA IMPUTACION

Capítulo IV
INTRODUCCION

§ 34. La teoría del delito o del hecho punible como teoría de la imputación. Evolución del concepto de imputación 197
a) Orígenes del concepto de imputación 197
b) El concepto de imputación en la dogmática actual 201
c) Críticas a la teoría de la imputación objetiva 202

§ 35. La teoría del delito o del hecho punible como una teoría de la aplicación de la ley penal 203
a) Función de la teoría del delito 203
b) Los elementos del delito 204
c) La fundamentación de los elementos del delito 205
d) Los modelos funcionalistas 206
e) Relatividad de los sistemas dogmáticos del delito 208

§ 36. Los puntos de partida para la elaboración de una teoría del hecho punible (preconceptos hermenéuticos de la teoría del hecho punible) ... 210
a) El delito como hecho consistente en la violación de deberes ético-sociales 211
b) El delito como hecho socialmente dañoso 211

c) El delito como expresión de un sentimiento jurídico depravado (derecho penal de autor) 214

§ 37. Los niveles de imputación 216
a) Lo ilícito 216
b) La culpabilidad 217

Capítulo V
EL TIPO Y LA TIPICIDAD EN GENERAL

§ 38. El tipo penal (supuesto de hecho típico del delito) en general 220
a) El tipo penal 220
b) Conceptos de tipo penal 220

§ 39. El tipo del delito doloso y el tipo del delito culposo o imprudente 224
§ 40. El contenido genérico del tipo penal 225
a) Elementos del tipo penal 225
b) Elementos descriptivos y normativos 226
c) Referencias a los medios, al momento y al lugar de la acción 230

§ 41. Las diferentes especies de tipos penales 230
a) Delitos de resultado (de lesión y de peligro) y delitos de actividad 231
b) Delitos comunes o generales y delitos especiales 237

§ 42. La subsunción típica y las agravantes y atenuantes genéricas 239

Capítulo VI
LA IMPUTACION EN LOS DELITOS DE ACTIVIDAD

§ 43. Los elementos del tipo doloso de comisión: tipo objetivo y subjetivo .. 243
§ 44. El tipo objetivo 244
a) El autor de la acción. La posición de garante 244
b) La acción 245
1. Desarrollo histórico-dogmático 245
2. Los conceptos negativos de acción 247
3. La crítica de los conceptos negativos de acción 248
4. La acción como comportamiento exterior evitable 249
5. El concepto de acción en la dogmática española 253
c) La realización del tipo objetivo en los delitos de resultado lesivo. 254
1. Resultado, causalidad e imputación objetiva 254
2. Las teorías de la causalidad 256
I. La teoría de la equivalencia de condiciones 256
II. La teoría de la causalidad adecuada 269
III. La teoría de la relevancia típica 270
3. La imputación objetiva 271
I. El riesgo permitido 273

II. El principio de confianza 276
III. La prohibición de regreso y la posición de garante 276
IV. La realización del riesgo 280

§ 45. La realización del tipo en los delitos de peligro 312
a) Delitos de peligro concreto y delitos de peligro abstracto 312
b) El juicio sobre el peligro 313

§ 46. La realización del tipo objetivo en los delitos de pura actividad 313
§ 47. El tipo subjetivo del delito doloso 314
a) El dolo 315
1. La discusión en torno a la esencia del dolo 315
2. La noción del dolo 316
3. Momento y modo del conocimiento requerido por el dolo 321
4. Las "formas del dolo" y su superación 323
5. La exclusión del dolo: el error sobre los elementos del tipo objetivo 325
I. El error sobre las circunstancias que agravan o atenúan la pena 334
II. Las consecuencias jurídicas del error de tipo 335
b) Los supuestos elementos subjetivos de la autoría 336
c) Elementos del ánimo 337

§ 48. El tipo subjetivo del delito imprudente 338
a) El derecho vigente 338
b) Evolución de la dogmática de la imprudencia 339
c) La moderna concepción de la imprudencia 342
d) Superación de la distinción culpa consciente/culpa inconsciente 344
e) La noción de imprudencia en la jurisprudencia 344
f) ¿Equiparación de imprudencia y dolo eventual? 345
g) Los grados de culpa 346
h) La llamada imprudencia "profesional" 348
i) ¿Tentativa de delito imprudente? 348
j) ¿Redefinición de las relaciones entre el dolo y la imprudencia? .. 349

Capítulo VII
LA ANTIJURIDICIDAD Y LA JUSTIFICACION

§ 49. Los principios justificantes y la teoría clásica de la justificación 352
§ 50. La moderna problemática de las causas de justificación 356
a) ¿Exclusión de la antijuridicidad sólo en el ámbito penal? 356
b) Autorizaciones de acción y autorizaciones de intervención 358
c) Justificación y reducción de la ilicitud 359

§ 51. La defensa necesaria 359
a) La agresión 360
b) La actualidad e ilegitimidad de la agresión 363

c) Necesidad de la defensa 369
d) Falta de provocación suficiente 369
e) Limitaciones del derecho de defensa necesaria 370
f) El elemento subjetivo de la defensa 371
g) Defensa propia y defensa de terceros 371

§ 52. El estado de necesidad 372
a) Estado de necesidad por colisión de bienes o intereses 377
b) Estado de necesidad por colisión de deberes. Cumplimiento del deber y ejercicio de un derecho 380
c) El estado de necesidad por colisión de bienes de igual jerarquía. 382

§ 53. El error sobre las circunstancias de una causa de justificación 383

Capítulo VIII
LA EXCLUSION DE LA PUNIBILIDAD POR LA REDUCIDA ILICITUD DE HECHO TIPICO (AUSENCIA DE RESPONSABILIDAD POR EL HECHO)

§ 54. La responsabilidad por el hecho como categoría dogmática 387
a) El problema dogmático 388
b) La posición sistemática de la "exigibilidad" 390
c) Delimitación frente a otras propuestas teóricas 396

§ 55. Los efectos prácticos de la exclusión de la responsabilidad por el hecho 399

§ 56. Los casos individuales de la responsabilidad por el hecho 400
a) El estado de necesidad por colisión de intereses de igual jerarquía 400
1. La relación del estado de necesidad excluyente de la responsabilidad por el hecho con el excluyente de la antijuridicidad 401
2. Requisitos del estado de necesidad excluyente de la responsabilidad por el hecho 402
b) El miedo insuperable 402
c) Los supuestos de no punibilidad del aborto 405
d) Los supuestos de colisión del derecho a la libertad de información veraz y el derecho al honor 406
e) Los conflictos entre la libertad de conciencia y el derecho penal. 407
f) La inviolabilidad parlamentaria 408
g) La exclusión de responsabilidad penal del art. 268 del Código Penal 409

§ 57. Error sobre las circunstancias objetivas de las causas que excluyen la responsabilidad por el hecho 409

§ 58. Rechazo de las críticas contra la categoría de la responsabilidad por el hecho 411

Capítulo IX
LA CULPABILIDAD

§ 59. Introducción 413
§ 60. Culpabilidad por el hecho y culpabilidad de autor 413
§ 61. La evolución del concepto material de culpabilidad 415
a) Teorías absolutas de la pena y culpabilidad de voluntad 415
b) Teorías de la prevención especial y culpabilidad como actitud asocial del autor 416
c) Las teorías de la unión y la función de la culpabilidad 417
d) La teoría de la prevención general positiva y la función del concepto de culpabilidad 418
§ 62. Evolución del concepto de culpabilidad 420
§ 63. La estructura del concepto de culpabilidad 423
§ 64. Los elementos de la culpabilidad en particular 424
a) La posibilidad de conocer la desaprobación jurídico-penal del acto 425
1. La conciencia de la desaprobación jurídico-penal 425
2. La duda sobre la desaprobación jurídico-penal 426
3. La conciencia de la desaprobación jurídico-penal es divisible y potencial 428
4. Los supuestos de error sobre la desaprobación jurídico-penal (teoría del dolo y teoría de la culpabilidad) 428
5. Las formas del error sobre la desaprobación jurídico-penal .. 429
6. Error y eximentes incompletas 433
7. La evitabilidad del error de prohibición sobre la ilicitud 433
8. Las consecuencias jurídicas del error sobre la desaprobación jurídico-penal 445
b) La capacidad de culpabilidad en el sentido estricto 447
1. La minoría de edad 448
2. Las anomalías o alteraciones psíquicas 448
I. La exclusión de la capacidad de motivación por enfermedad mental 448
II. La exclusión de la capacidad de motivación por insuficiencia de desarrollo mental 452
III. La exclusión de la capacidad de motivación por grave perturbación de la conciencia 452
3. La consecuencia normativa de las anomalías o alteraciones psíquicas 453
4. Las alteraciones de la percepción 454
5. La capacidad de culpabilidad disminuida 455
6. Casos de discrepancia entre el momento de la ejecución del hecho punible y la capacidad de culpabilidad: *actio libera in causa* (arts. 20.1°.II y 20.2° del Código Penal) 456

Capítulo X
LA EXTENSION DE LA TIPICIDAD A LAS FORMAS IMPERFECTAS DE REALIZACION DEL TIPO

§ 65. Las etapas de realización del hecho punible doloso *(iter criminis)* 461
§ 66. Límites entre la punibilidad y la no punibilidad 462
§ 67. Concepto y fundamentos de la punibilidad de la tentativa 463
a) Concepto 463
b) El fundamento de la punibilidad de la tentativa 464
c) Tentativa y delito putativo 471
§ 68. Los elementos de la tentativa 471
a) El dolo y los elementos requeridos por el tipo subjetivo en la tentativa (tipo subjetivo del delito tentado) 472
b) El comienzo de ejecución 472
§ 69. El desistimiento del delito intentado 475
§ 70. La distinción entre tentativa acabada e inacabada 478
§ 71. Requisitos del desistimiento según el grado de realización de la tentativa 479
a) Requisitos del desistimiento en la tentativa inacabada 479
b) Requisitos del desistimiento en la tentativa acabada 480
§ 72. Tentativa fracasada 481
§ 73. Tentativa de autor inidóneo 482

Capítulo XI
LA EXTENSION DE LA TIPICIDAD A LA PARTICIPACION EN EL DELITO

§ 74. Introducción: diferenciación de las formas de participación o concepto unitario de autor; concepto extensivo y concepto restrictivo de autor 485
§ 75. La autoría 489
a) La teoría formal-objetiva 490
b) La teoría subjetiva 492
c) Teorías material-objetivas 494
d) Límites explicativos de la teoría del dominio del hecho: La distinción entre delitos de dominio y delitos de infracción de deber 496
e) La teoría de la consideración total 498
f) La teoría dominante en España 499
§ 76. La autoría en los delitos de dominio 500
a) La autoría individual 500
b) La coautoría 501
1. Elementos y particularidades 501
2. Coautoría sucesiva 504

c) La autoría mediata 504
1. Concepto de autor mediato 504
2. Supuestos de autoría mediata 507
I. Instrumento que obra sin dolo 507
II. Instrumento que obra coaccionado 507
III. Instrumento que carece de capacidad para motivarse de acuerdo a la norma 508
IV. Instrumento que no obra típicamente 509
V. Instrumento que obra de acuerdo a derecho 509
VI. Instrumento que obra dentro de un aparato de poder 510

§ 77. La autoría en los delitos de infracción de deber 510
§ 78. Problemas particulares 512
a) La problemática de los delitos de propia mano 512
b) Casos de utilización de un instrumento no cualificado 512
c) Casos de utilización de un instrumento que obra dolosamente, pero sin elementos subjetivos de la autoría 515

§ 79. Participación en sentido estricto 517
a) Fundamento de la punibilidad del partícipe 517
1. Teoría de la culpabilidad de la participación 518
2. Teoría de la causación 518
3. Teoría de la participación en lo ilícito 519
b) Accesoriedad de la participación 519
1. Dependencia del grado de realización 519
2. Dependencia de los elementos del hecho punible 520
3. La cuestión de la dependencia del dolo del hecho del autor principal 520
4. La accesoriedad de la participación y la responsabilidad por el hecho 521
5. Las excepciones de la accesoriedad limitada (influencia de las "relaciones, circunstancias y calidades personales" o de las circunstancias agravantes o atenuantes que consisten en la "disposición moral del delincuente") 522

§ 80. La inducción 526
§ 81. La cooperación y la complicidad 529
a) Conceptos comunes 529
b) El cooperador necesario 530
c) El cómplice (art. 29, Código Penal) 531

Capítulo XII
LA IMPUTACION EN LOS DELITOS OMISIVOS

§ 82. Introducción 533
§ 83. La distinción entre acción y omisión 534

§ 84. Las especies de la omisión: delitos propios e impropios de omisión ... 537
§ 85. La tipicidad objetiva de los delitos propios de omisión ... 538
a) La situación generadora del deber ... 538
b) La no realización de la acción que es objeto del deber ... 539
c) Capacidad o poder de hecho de ejecutar la acción ... 539

§ 86. La tipicidad objetiva de los delitos impropios de omisión ... 540
a) La regulación legal ... 540
b) El problema dogmático ... 541
c) Crítica de la teoría formal de las fuentes del deber ... 544
d) La teoría funcional de las fuentes del deber ... 546
e) Las condiciones de la equivalencia entre la omisión y la acción .. 547
f) Nuevos desarrollos dogmáticos ... 547
g) La interpretación del art. 11 del Código Penal ... 548
h) Las posiciones de garante ... 553
1. Posición de garante derivada de los peligros que generan la propia organización de la actividad del omitente ... 554
2. Posición de garante derivada de la posición institucional del omitente ... 557
i) Segundo criterio de equivalencia ... 561

§ 87. El tipo subjetivo de los delitos de omisión ... 562
§ 88. Antijuridicidad, responsabilidad por el hecho y culpabilidad en los delitos de omisión ... 563
§ 89. Autoría, participación y tentativa ... 564
a) Autoría y participación ... 564
1. La participación mediante un comportamiento omisivo en un delito de comisión ... 564
2. La participación activa en un delito de omisión ... 566
b) La tentativa de un delito de omisión ... 567

§ 90. La llamada "omisión por comisión" ... 567

Capítulo XIII
CONCURRENCIA DE LEYES PENALES Y CONCURRENCIA DE DELITOS

§ 91. Introducción ... 569
§ 92. El concurso (aparente) de leyes penales ... 570
a) Especialidad: *lex especialis derogat legi generali* (art. 8°.1ª, Cód. Penal) ... 572
b) Subsidiariedad: *lex primaria derogat legi subsidiariae* (art. 8°.2ª, Cód. Penal) ... 572
c) Consunción: *lex consumens derogat legi consumptae* (art. 8°.3ª, Cód. Penal) ... 573

§ 93. El concurso de delitos 575
a) Unidad de acción 582
1. Unidad de acción en sentido natural 582
2. La unidad de acción en la pluralidad de actos 582
3. La unidad de acción en el "delito continuado" 584
I. Requisitos objetivos de la unidad de acción por continuación 585
II. Requisitos subjetivos de la unidad de acción por continuación 587
III. Las consecuencias jurídicas del delito continuado 588
4. La unidad de acción en el llamado "delito masa" 589
b) El concurso ideal 590
1. Unidad de acción y pluralidad en encuadramientos típicos ... 590
2. La consecuencia jurídica del concurso ideal 591
c) El concurso real 591

PARTE TERCERA

LA CUANTIFICACION DEL DELITO

Capítulo XIV
TEORIA DE LAS AGRAVANTES Y ATENUANTES

§ 94. Circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal 595
— Consideraciones generales 595
§ 95. Circunstancias atenuantes 598
a) Fundamento 598
b) Circunstancias que reducen la reprochabilidad por el hecho 599
1. La imputabilidad disminuida 599
2. El arrebato, obcecación u otro estado pasional 601
3. La minoría de edad 601
c) Circunstancias que compensan la reprochabilidad por el hecho. 601
1. La confesión 604
2. Reparación del daño ocasionado a la víctima o disminución de sus efectos 604
d) Las atenuantes de análoga significación 606
e) Las eximentes incompletas 610
§ 96. Circunstancias agravantes 612
a) Circunstancias que se fundamentan en el aprovechamiento o creación de situaciones que facilitan la comisión del delito 612
1. La alevosía (art. 22.1ª, Cód. Penal) 612
— La cuestión de los elementos objetivos de la alevosía 618

2. El uso de disfraz, el abuso de superioridad y el aprovechamiento de las circunstancias y de la participación de otras personas (art. 22.2ª, Cód. Penal) 619
3. Obrar con abuso de confianza (art. 22.6ª, Cód. Penal) 621
4. Prevalerse el culpable de su carácter público (art. 22.7ª, Cód. Penal) 621

b) Circunstancias que se fundamentan en la especial reprochabilidad de los motivos 622

c) Circunstancias basadas en las necesidades de prevención especial (la reincidencia) 624

§ 97. Circunstancia mixta de parentesco 628

§ 98. El problema de la comunicabilidad de las circunstancias. Estudio especial del art. 65 del Código Penal 629

APENDICE I

Tabla comparativa de las disposiciones — de las partes generales de los códigos penales argentino y español y leyes españolas que regulan la materia— citadas en esta obra 633

APENDICE II

Legislación

A. *Texto de la Parte General del Código Penal español* 637
B. *Ley Orgánica del Poder Judicial 6/1985, del 1 de julio (art. 23)* 672
C. *Ley de Enjuiciamiento Criminal (art. 104)* 674
D. *Texto de la Parte General del Código Penal argentino* 674

PARTE PRIMERA
INTRODUCCION Y TEORIA DE LA LEY PENAL

Capítulo I

Cuestiones fundamentales

A — El derecho penal. Función y legitimación

— § 1 —

La función del derecho penal y las teorías de la pena

1. — La primera cuestión que debe abordar el estudio del derecho penal *vigente,* es decir, del que surge básicamente del Código Penal (*LO* 10/95, del 23 de noviembre), es la concerniente a la *función* de las normas que lo integran. Se trata de responder a la pregunta: ¿para qué establece la sociedad organizada en el Estado un conjunto de normas que amenazan con la aplicación de una pena la ejecución de determinadas conductas? En este sentido, *función del derecho penal y teorías de la pena* tienen una estrecha relación: *toda teoría de la pena es una teoría de la función que debe cumplir el derecho penal.* De una manera simplificada, en el pensamiento clásico existen dos líneas de pensamiento que procuran una respuesta a estas cuestiones; por un lado se sostiene que el derecho penal tiene una *función metafísica,* consistente en la realización de un ideal de justicia; por otro, que el derecho penal tiene una *función social,* caracterizada por la prevención del delito con miras a proteger ciertos intereses sociales reconocidos por el derecho positivo (bienes jurídicos).

2. — La función del derecho penal está, a su vez, vinculada de una manera muy estrecha a las concepciones sobre su legitimidad. Si se piensa que es una función (legítima) del Estado realizar ciertos ideales de justicia, el derecho penal será entendido como un instrumento

al servicio del valor justicia. Por el contrario, si se entiende que la justicia, en este sentido, no da lugar a una función del Estado, se recurrirá a otras concepciones del derecho penal, en el que éste será entendido de una manera diferente. Por lo general, en este caso, se justificará el derecho penal como un instrumento *socialmente útil*. El valor que se asigne a estas funciones será el fundamento de la legitimidad del derecho penal.

3. — El enfrentamiento radical de estos puntos de vista dio lugar, a partir del último cuarto del siglo pasado, a la "lucha de escuelas", que no es otra cosa que una disputa en torno a los principios legitimantes del derecho penal. Mientras la Escuela Clásica mantuvo el criterio legitimante de la justicia a través de las "teorías" absolutas de la pena, la Escuela Positiva proponía como único criterio el de la utilidad, expresándolo por medio de las modernas "teorías relativas" de la pena.

4. — Esta oposición de fundamentos legitimantes vincula la cuestión de la pena con la concepción del Estado y con los poderes penales de éste. En general, se puede decir que la Escuela Clásica concebía los poderes del Estado de una manera más estrecha que la Escuela Positiva. La idea de "defensa social" permitía a esta última justificar la intervención del Estado con el poder penal allí donde los clásicos carecían de la posibilidad de hacerlo.

5. — La tensión entre las ideas vinculadas con la justicia y las referidas a la utilidad social se han dado en distintos modelos de Estado. No existe, por lo tanto, una correspondencia que permita asociar las teorías fundadas en la justicia con el Estado liberal y las teorías utilitarias con el Estado social[1]. Histórica y teóricamente las teorías utilitarias fueron defendidas inclusive en el marco del llamado Estado liberal y no precisan de una concepción intervencionista del Estado. Prueba de ello es que las teorías de Kant, de Feuerbach y de Grolman se han formulado prácticamente al mismo tiempo —fines del si-

[1] Así, sin embargo, Mir Puig, *Derecho penal. Parte general*, 4ª ed., 1996, p. 53 y siguientes.

glo XVIII— y todas ellas se han justificado en una concepción liberal del Estado.

6. — En la actualidad, y en lo que va del siglo, la historia del derecho penal se expresa en el intento de sintetizar los dos puntos de vista opuestos. El criterio utilitario es aceptado en lo que mitiga el rigor del principio de justicia (por ejemplo, mientras se admite con diferente intensidad —según los ordenamientos jurídicos— la agravación de penas para el reincidente y habitual, no se da cabida a la sentencia indeterminada).

"Desde hace más de dos mil años se ha intentado responder a la pregunta sobre la naturaleza de la pena con un gran número de puntos de vista, razón por la cual apenas resulta imaginable que puedan existir nuevas respuestas"[2]. Estas respuestas han sido formuladas como teorías de la pena. Sin embargo, cabe señalar que las "teorías" de la pena sólo son tales en la medida en que la expresión "teoría" se tome en sentido amplio. En realidad, no se trata de teorías, sino de principios o axiomas legitimantes, cuya función en la ciencia del derecho penal es la de fundamentarlo en último término. Por tanto, las "teorías" de la pena no responden a la pregunta ¿qué es la pena?, dado que el "ser" de la pena depende de la naturaleza que se le atribuya, sino a otra pregunta: ¿bajo qué condiciones es legítima la aplicación de una pena?

a — Teorías absolutas

7. — Una primera respuesta a esta cuestión corresponde a las llamadas "teorías absolutas". La pena será legítima, según ellas, si es la retribución de una lesión cometida culpablemente. La lesión del orden jurídico cometida libremente presupone un abuso de la libertad que es reprochable, y por lo tanto, culpable. El fundamento de la pena será exclusivamente la justicia o la necesidad moral[3]. Las teorías absolutas, en consecuencia, legitiman la pena si ésta es justa. La

[2] Mayer, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 1967, p. 24.
[3] Mayer, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 1967, p. 26.

pena necesaria, para estas teorías, será aquella que produzca al autor un mal (una disminución de sus derechos) que compense el mal que él ha causado libremente.

8. — La utilidad de la pena queda totalmente fuera del fundamento jurídico de la misma. Sólo es legítima la pena justa, aunque no sea útil. De la misma manera una pena útil, pero injusta, carecerá de legitimidad. Los representantes más caracterizados de esta concepción son Kant y Hegel[4].

9. — *Contra* las teorías absolutas —o de la retribución— se argumenta básicamente que:

a) Carecen de un fundamento empírico y son, por lo tanto, irracionales.

b) Que la supresión del mal causado por el delito mediante la aplicación de una pena es puramente ficticia porque, en realidad, el mal de la pena se suma al mal del delito.

10. — *En favor* de las teorías absolutas se puede sostener, sin embargo, que impiden la utilización del condenado para fines preventivos generales, es decir, para intimidar a la generalidad mediante la aplicación de penas ejemplares al que ha cometido un delito (finalidad para cuya realización la pena no necesitaría guardar relación de proporcionalidad con la gravedad del mismo) y que, por tanto, no deben estar condicionadas por la tendencia general a delinquir a la que el autor del delito es ajeno. En otras palabras, impiden sacrificar al individuo en favor de la generalidad.

11. — En la actualidad, las teorías absolutas sólo pueden ser defendidas sobre estas bases, es decir, por su *sentido limitador* de la gravedad de la pena aplicable. La necesidad de ejecución de la pena sin ninguna consideración de sus consecuencias sociales, por el contrario, choca con el sentimiento jurídico moderno.

[4] Kant, *Die Methaphysik der Sitten*, 1797, parte II, I, E; Hegel, *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, 1821, § 90.

b — Teorías relativas

12. — Las "teorías relativas" procuran legitimar la pena mediante la obtención de un determinado fin, o la tendencia a obtenerlo. Su criterio legitimante es la utilidad de la pena. Si este fin consiste en la intimidación de la generalidad, es decir, en inhibir los impulsos delictivos de autores potenciales indeterminados, se tratará de una "teoría" preventivo-general de la pena. Si, por el contrario, el fin consiste en obrar sobre el autor del delito cometido para que no reitere su hecho, estaremos ante una "teoría" preventivo-especial o individual de la pena.

13. — La *prevención general* no es cuestionada, bajo ciertas circunstancias, en el *momento de la amenaza de la pena*: por ejemplo, cuando el Código Penal en su art. 138 amenaza con privación de libertad al que matare a otro. El problema es diferente en el *momento de la individualización de la pena,* cuando se debe fijar la pena merecida por el autor dentro del máximo y del mínimo; en este caso, las consideraciones preventivo-generales que conduzcan a una pena superior a la que corresponda por la gravedad del hecho carecen de legitimidad, según la opinión más acorde con los principios constitucionales[5]. Por otra parte, la existencia empírica de un efecto preventivo-general de las penas ejecutadas no ha sido hasta ahora comprobada convincentemente y, además, es difícil que pueda serlo en algún momento.

14. — El representante más caracterizado de las "teorías" preventivo-generales es Feuerbach, quien sostuvo que era "una preocupación del Estado, que se hace necesaria por el fin de la sociedad, que aquel que tenga tendencias antijurídicas se vea impedido psicológicamente de motivarse según estas tendencias"[6]. La amenaza de la pena tendría precisamente esta función de disuadir. Pero ello permite, como se ha objetado, elevar las penas indefinidamente, pues,

[5] Cfr. Hassemer, en Hassemer - Lüderssen - Naucke, *Hauptprobleme der Generalprävention*, 1979, p. 29 y siguientes.

[6] Feuerbach, *Revision der Grundsätze und Grundbegriffe des positiven peinlichen Rechts*, 1799, t. I, p. 43.

cuanto más grave sea el mal amenazado, más fuerte será el efecto intimidante. Por esto, la prevención general requiere, en todo caso, límites que no se pueden extraer de su propia lógica y que deben ser, por decirlo así, externos (por ejemplo, la culpabilidad del autor).

15. — La *prevención especial* ha sido sostenida en diferentes momentos de la historia del derecho penal. Su fundamento es siempre el mismo: la comisión de un delito revela en el autor la amenaza de futuras lesiones del orden jurídico; la pena debe servir para evitar esos futuros delitos, ya que el que se cometió no puede desaparecer del mundo. Los autores más antiguos[7] sostuvieron que el mal de la pena debía actuar sobre el autor para que su impulso delictivo se convirtiera en lo contrario, en la inhibición del impulso criminal[8].

La fisonomía de esta "teoría" cambió cuando el positivismo hizo de ella su teoría de la pena. Con sus nuevas características, la "teoría" preventivo-especial se convirtió en el siglo XX en el punto de partida de lo que se puede llamar el derecho penal moderno, pues sobre su base se orientaron las reformas legislativas de los códigos penales del siglo XIX.

16. — La moderna "teoría" de la prevención especial se caracteriza por el desplazamiento del acento del derecho penal desde el hecho cometido al autor del mismo: "El punto de vista dominante —decía von Liszt en su famoso Programa de Marburgo en 1882— determina la pena en relación a un hecho que parece no haber sido cometido por ningún autor...". "No es el concepto sino el autor lo que se debe sancionar". Esta, agregaba von Liszt, era la manera de concebir correctamente la pena retributiva, pues "Represión y prevención no constituyen oposición alguna"[9].

17. — La pena, en consecuencia, "es prevención mediante represión"[10]. Pero la manera de llevar a cabo este programa requiere que la finalidad preventivo-especial de la pena se investigue en función

7 Por ejemplo, von Grolmann, *Grundsätze der Criminalrechtswissenschaft.*
8 Grolmann, *Grundsätze der Criminalrechtswissenschaft*, 1798, § 15.
9 Liszt, *Strafrechtliche Vorträge und Aufsätze*, 1905, t. I, p. 175.
10 Liszt, *Strafrechtliche Vorträge und Aufsätze*, 1905, t. I, p. 176 y siguientes.

de las distintas categorías de delincuentes y no, como hasta entonces, de manera uniforme para cualquier autor. Para ello, la ciencia del derecho penal debía atender a los resultados de las investigaciones antropológicas y sociológicas referentes a los delincuentes. Si se parte de la base de que la protección de bienes jurídicos mediante la pena requiere tres finalidades diversas: corrección, intimidación e inocuización[11], cabría poner en relación estos fines con las tres diferentes categorías de delincuentes que proporcionaba la antropología criminal, sobre todo a través de las investigaciones de Lombroso y Ferri[12].

El resultado de esta combinación de los fines de la pena con la clasificación de los delincuentes en diversas categorías empíricamente formuladas fue que la pena debía servir para:

a) *Corrección* del delincuente capaz de corregirse y necesitado de corrección.
b) *Intimidación* del delincuente que no requiere corrección.
c) *Inocuización* del delincuente que carece de capacidad de corrección[13].

18. — Por delincuentes que carecen de capacidad de corrección entendió von Liszt a los habituales[14]. Los delincuentes que requieren corrección y que son susceptibles de ella son los "principiantes de la carrera delictiva". Los que no requieren corrección son los delincuentes ocasionales[15].

19. — Bajo el influjo del positivismo las clasificaciones de delincuentes respecto de los que se hacía necesario determinar las diversas finalidades preventivo-individuales de la pena no fue uniforme. Ferri, sin duda el que vislumbró antes que ninguno la posibilidad, luego teorizada por von Liszt, proponía en 1878 una clasificación diversa de la defendida por éste. Para Ferri, la clasificación de von Liszt se habría basado sólo en un criterio descriptivo (básicamente la

11 Liszt, *Strafrechtliche Vorträge und Aufsätze*, 1905, t. I, p. 164 y siguientes.
12 Lombroso, *L'Uomo delinquente*, 1876; Ferri, *Studi critici sull'Uomo delinquente di Lombroso*, en "Revista Europea" (De Gubernatis), 1878, p. 283 y siguientes.
13 Liszt, *Strafrechtliche Vorträge und Aufsätze*, 1905, t. I, p. 166.
14 Liszt, *Strafrechtliche Vorträge und Aufsätze*, 1905, t. I, p. 166.
15 Liszt, *Strafrechtliche Vorträge und Aufsätze*, 1905, t. I, ps. 171 y 172.

"corregibilidad" del delincuente)[16], mientras lo verdaderamente importante era una clasificación apoyada en el criterio genético.

Desde este punto de vista los delincuentes debían clasificarse en:

a) Delincuentes *natos* o instintivos o por tendencia congénita.
b) Delincuentes *locos*.
c) Delincuentes *habituales*.
d) Delincuentes *ocasionales*.
e) Delincuentes *pasionales*.

No es posible afirmar que entre la clasificación de Ferri y la de von Liszt existan diferencias sustanciales, ni que éstas sean consecuencia de la aplicación del "criterio genético" propuesto por el primero. En general, hay una amplia coincidencia.

20. — A partir de la década de los *'60* la prevención especial experimentó una nueva transformación de su fisonomía. Las clasificaciones de delincuentes que habían guiado la definición de los fines preventivo-individuales de la pena fueron abandonadas y dieron paso a conocimientos pedagógico-sociales más evolucionados. En primer lugar, el fin de la pena se definió de una manera uniforme a través del concepto de *resocialización*. Se procuró dar cabida, en segundo lugar, a las consideraciones que ponen de manifiesto la *corresponsabilidad* de la sociedad en el delito, abandonando el causalismo antropológico y biológico anterior, cuyo déficit de verificación empírica lo hacía científicamente insostenible. En tercer lugar, se subrayó la importancia de la ejecución penal basada en la *idea de tratamiento*.

21. — Los tres criterios orientadores de la moderna concepción de la prevención especial están sometidos a fuertes discusiones, que provienen tanto del pensamiento conservador como del más radical:

a) Quienes parten de la corresponsabilidad social en el fenómeno de la delincuencia niegan el derecho de la sociedad a "resocializar" al autor y proponen la "resocialización de la sociedad".

b) Quienes, por el contrario, representan puntos de vista conservadores subrayan el fracaso de la idea de tratamiento y postu-

[16] Ferri, *Principii di diritto criminale*, 1928, p. 264.

lan —generalmente con una retórica profundamente individualista— un retorno a las ideas penales clásicas de las teorías absolutas de la pena.

De todos modos, es de señalar la frecuencia con que el argumento del fracaso del tratamiento es utilizado también para atacar la idea de resocialización.

c — Teorías de la unión

22. — Un tercer grupo de teorías está compuesto por las llamadas "teorías de la unión". Estas tratan de combinar los principios legitimantes de las teorías absolutas y de las relativas en una teoría unificadora. Por lo tanto, se trata de teorías que procuran justificar la pena en su capacidad para reprimir (retribución) y prevenir (protección) al mismo tiempo. Dicho en otras palabras, la pena será legítima, para estas teorías, en la medida en que sea a la vez justa y útil. Los valores de justicia y utilidad, que en las teorías absolutas resultan excluyentes y en las relativas son contemplados sólo a través de la preponderancia de la utilidad (social), resultan unidos en las "teorías" que estamos tratando.

23. — Las "teorías" de la unión deben admitir que el fin represivo y el preventivo de la pena pueden no coincidir e inclusive ser antinómicos. La pena justa con respecto al hecho cometido puede ser insuficiente con referencia al autor del mismo y las necesidades preventivas que éste plantea a la sociedad. Este conflicto de fines y de criterios legitimantes se debe resolver, como es lógico, optando por uno de ellos, al que se otorga preponderancia sobre el otro.

Esto permite configurar dos orientaciones diversas de las "teorías" de la unión en su versión moderna. La primera de ellas da preponderancia a la justicia sobre la utilidad, es decir, a la represión sobre la prevención. De acuerdo con esto, la utilidad de la pena puede contemplarse legítimamente siempre y cuando no se requiera ni exceder ni atenuar la pena justa[17].

[17] Maurach, *Deutsches Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 4ª ed., 1971, p. 63.

24. — La segunda orientación de las "teorías" de la unión distribuye en momentos distintos la incidencia legitimante de la utilidad y la justicia. La utilidad es el fundamento de la pena y, por lo tanto, sólo es legítima la pena que opere preventivamente. Pero la utilidad está sujeta a un límite: por consiguiente, sólo es legítima mientras no supere el límite de la pena justa.

En la práctica esto significa que la pena legítima será siempre la necesaria según un criterio de utilidad, pero la utilidad dejará de ser legitimante cuando la pena necesaria para la prevención supere el límite de la pena justa. Además, una pena inútil no podrá legitimarse sólo por el hecho de ser cubierta por la culpabilidad del autor; es decir, una pena socialmente inútil no puede ser legitimada aunque sea proporcionada a la culpabilidad[18].

La segunda orientación tiene mejores perspectivas desde el punto de vista de la política social y, por tanto, es preferible.

25. — Una decisión en favor de una de las teorías o variantes de las teorías que hemos presentado no es posible, pues (como hace notar Naucke[19]) los argumentos contradictorios "provienen de campos que no resultan comparables". En la actualidad, los juristas del derecho penal, tanto en la teoría como en la práctica, sólo pueden trabajar con una serie de criterios justificantes o legitimantes de la pena en distintos momentos de su dinámica: el momento de la amenaza, de la aplicación y de la ejecución.

En este sentido, Roxin ha propuesto una concepción "dialéctica" de la pena, "en la medida en la que acentúa la oposición de los diferentes puntos de vista y trata de alcanzar una síntesis[20] consiste, según Roxin, en que, en el momento de la amenaza, el fin de la pena es la prevención general; en el de la determinación de la pena, los fines preventivos son limitados por la medida de la gravedad de la culpabilidad; y en el momento de la ejecución, adquieren preponderancia los fines resocializadores (prevención especial).

[18] Roxin, *Strafrechtliche Grundlagenprobleme*, 1973, p. 1 y siguientes.
[19] Naucke, *Strafrechts, eine Einführung*, 3ª ed., 1980, p. 55.
[20] Roxin, *Strafrechtliche Grundlagenprobleme*, 1973, p. 28 y también p. 16; Zugaldía Espinar, en "Revista del Poder Judicial", nº 13, 1989, p. 83 y siguientes.

d — Teoría de la prevención general positiva

26. — El panorama de las teorías de la pena se ha visto considerablemente modificado en la actualidad por puntos de vista novedosos.

Las teorías preventivas tradicionales se habían apoyado en consideraciones empíricas que no han podido ser demostradas. La prevención por medio de la coacción psicológica, tanto como la resocialización son fines que no se pueden verificar como verdaderamente alcanzables y ello determina que "sus afirmaciones sobre situaciones y desarrollos empíricos sean metodológicamente atacables[21]. "Las fundamentaciones referentes a intervenciones en la libertad y en el patrimonio, como las que ocasiona la pena, pierden, en caso de falta de base, no sólo su dignidad científica, sino también su legitimidad práctico-normativa"[22].

27. — Las teorías de la prevención especial fundadas en la resocialización, por otra parte, genera también —como se vio— críticas sobre la legitimidad ética de tal finalidad y sobre la posibilidad de un tratamiento verdaderamente resocializador en el marco de los establecimientos carcelarios[23].

28. — Partiendo de estos puntos de vista se postula en la actualidad que la función de la pena es la prevención general positiva, es decir, "la reacción estatal a hechos punibles, que al mismo tiempo importa un apoyo y un auxilio para la conciencia normativa social", o sea, "la afirmación y aseguramiento de las normas fundamentales"[24]. Esto mismo se sostiene también diciendo que la "tarea del derecho penal es el mantenimiento de la norma, como modelo orienta-

[21] Hassemer, en Hassemer - Lüderssen - Naucke, *Fortschritte im Strafrecht durch die Sozialwissenschaften*, 1983, ps. 39 y ss. y 50.

[22] Hassemer, en Hassemer - Lüderssen - Naucke, *Fortschritte im Strafrecht durch die Sozialwissenschaften*, 1983, p. 56.

[23] Así, por ejemplo, se considera totalmente utópica la posibilidad de una "terapia social emancipadora" en la ejecución penal, como lo propone Haffke, en Lüderssen - Sack, *Seminar Abweichendes Verhalten*, t. III, 2, p. 291 y siguientes.

[24] Hassemer, en Hassemer - Lüderssen - Naucke, *Fortschritte im Strafrecht durch die Sozialwissenschaften*, 1983, p. 64; ídem, *Einführung in die Grundlagen des Strafrechts*, 1981, p. 296.

dor del contacto social" y que "el contenido de la pena, por tanto, es el rechazo de la desautorización de la norma, llevado a cabo a costa de quien la ha quebrantado"[25].

La pena tiene, en este sentido, la función de ratificar las normas que han sido vulneradas y, de esta manera, reforzar la confianza general en las mismas. Esta confianza, sin embargo, no consiste en la creencia de que nunca más se cometerán hechos semejantes, pues "destinatarios de la pena, en primera línea, no son algunas personas consideradas como autores potenciales, sino que todas las personas tienen que saber lo que deben esperar en estas situaciones"[26]. La función de la pena es, resumiendo, "prevención general mediante ejercicio del reconocimiento de la norma"[27].

Con esta formulación del problema se obvian, sin duda, las objeciones que, por lo general, han invalidado otras teorías de la pena, en la medida en que éstas hacían referencia a ciertas consecuencias que requerían una verificación empírica.

29. — La teoría de la prevención general positiva, sin embargo, ha sido criticada porque se considera que niega la ideología de la resocialización sin acompañar su crítica "de la creación de instrumentos alternativos a los del derecho penal que ataquen los conflictos de la desviación en sus orígenes y que sean compatibles con la reintegración social del autor, de la víctima y del ambiente"[28].

Esta crítica, de cualquier manera, no tiene en cuenta que la teoría de la prevención general positiva no impide, aunque no exija, un desarrollo del tratamiento en la fase de la ejecución penal. Por otra parte, la teoría de la prevención general positiva tiene el mérito de no generar falsos optimismos en relación a las posibilidades de la ejecución de la pena privativa de libertad y, de esta manera, origina, necesariamente, una discusión sobre las alternativas reales a esta pena.

30. — La teoría de la prevención general positiva tiene mucho a su favor. Sin embargo, es preciso poner de manifiesto que la cuestión del

25 Jakobs, *Strafrecht, Allgemeiner Teil,* 1983, p. 7 y siguientes.
26 Jakobs, *Strafrecht, Allgemeiner Teil,* 1983, p. 9.
27 Jakobs, *Strafrecht, Allgemeiner Teil,* 1983, p. 9.
28 Baratta, en *Dei delitti e delle pene,* 1/84, p. 21.

fin de la pena y de su legitimación es realmente una cuestión última en la que prácticamente no es posible una respuesta que pueda resolver todos los problemas a la vez. Como en todos los problemas últimos, se necesita una decisión en favor de alguno de los puntos de vista que aparezcan como suficientemente consistentes. Tal decisión se podrá admitir si con ella no se pretende cerrar la discusión sobre la misma y su contenido, es decir, si no se dogmatiza la decisión y se la sustrae definitivamente de los contenidos discutibles.

La decisión en favor de la prevención general positiva requiere por lo tanto que, al mismo tiempo, no se cierre la discusión sobre el progreso de la idea de un derecho penal más humano.

31. — El derecho penal, visto desde esta perspectiva, cumple (junto con otros ordenamientos normativos) una función reparadora del equilibrio de un sistema social perturbado por el delito, de la que vamos a ocuparnos más adelante.

32. — Delito, por lo tanto, entendido en el sentido más general de la expresión, será una forma de comportamiento desviado que se considera grave dentro de un sistema social y que es calificado como tal por órganos legislativos con competencia para ello. Lo que caracteriza a todo comportamiento desviado y, por consiguiente, también al delito, es su divergencia respecto de los modelos aceptados de conducta, es decir, de los comportamientos que cumplen con las expectativas sociales institucionalizadas. Estas expectativas se expresan en normas, o sea, a través de la comunicación de deseos en la forma de órdenes o imperativos.

33. — Una norma, en este sentido, puede caracterizarse como una orden que pone de manifiesto un comportamiento que no se debe realizar o reclama la realización de un comportamiento necesario para la conservación de un cierto estado social. Ejemplo de la primera variante sería la norma que dice "no debes matar"; ejemplo de la segunda, la que impone el pago de impuestos: "paga al Estado determinada cantidad de dinero en concepto de impuestos".

34. — De esta forma, se puede afirmar que el derecho penal procura mantener un determinado equilibrio del sistema social, amena-

zando y castigando. El castigo entra en consideración cada vez que la amenaza fracasa en su intención de motivar. Sería falso creer que sólo se cometen aquellos delitos que se castigan. En realidad, es preciso distinguir entre delitos cometidos y delitos sancionados. La suma de delitos cometidos y la de los delitos sancionados no coincide. La diferencia es conocida como cifra negra de la delincuencia, expresión con la que se quiere designar a los casos no descubiertos pero que se sabe, con un grado plausible de seguridad, que han sido cometidos. El problema de la cifra negra varía considerablemente de uno a otro delito. La cifra negra del hurto o del aborto es generalmente muy alta, mientras que en otros delitos no lo es tanto.

El tema se vincula actualmente con el problema sociológico-criminal de los mecanismos de selección. La interpretación del significado de este fenómeno de la cifra negra ofrece muy diversas alternativas en la actualidad, en la medida en que se parte de la base de que la cifra negra no es una resultante casual del fenómeno criminal, sino que tiene un significado más profundo e, inclusive, una función social específica.

35. — En resumen, cabe señalar que el derecho penal forma parte del "aparato de imposición" (Parsons) necesario para el mantenimiento de la estabilidad de una sociedad. Se trata de la última instancia de dicho aparato: la que "consiste en la utilización de fuerza física para impedir acciones perturbadoras"[29].

36. — Las siguientes palabras de Jakobs (1/3) permiten resumir el punto de vista de la teoría de la prevención general positiva de manera adecuada: "lo ilícito es un mal y el deber de soportar el costo de este mal que incumbe al autor es también un mal. Sin embargo, no es posible definir la pena como la aplicación de un mal por el mal cometido: sería irrazonable 'pretender causar un mal simplemente porque ya existe otro mal'; esta secuencia de los males sólo considera su 'carácter superficial'. La pena debe ser definida positivamente: es

[29] Parsons, "Recht und soziale Kontrolle", en *Studien und Materialien zur Rechtssoziologie*, comp. por Hans Joachim Hirsch y Manfred Rehbinder, 1967, nº 28, p. 121 y siguientes.

demostración de la validez de la norma a cargo de quien era competente (para su cumplimiento). De esta manera salta a la vista un mal, pero la pena no cumple su función a través de este efecto, sino sólo con la estabilización de la norma lesionada".

37. — Naturalmente, una teoría como ésta permite superar la crítica de las teorías absolutas basada en su irracionalidad, es decir, en la ausencia de una finalidad social que justifique la aplicación de las penas. En efecto, en tanto la pena tiene la finalidad de estabilizar la vigencia de la norma vulnerada por el autor, adquiere una función social *utilitaria,* consistente en la *comunicación* de un determinado mensaje destinado a fortalecer la confianza en la vigencia de la norma infringida. Por ello, constituye un medio para lograr un fin socialmente positivo. Todo esto no excluye, como es claro, la posibilidad de una articulación de la teoría de la prevención general positiva con teorías absolutas en la forma propia de las teorías de la unión[30]. De esta manera desaparecerían las razones para sostener que la teoría de la prevención general positiva "carece de un criterio para la limitación de la duración de la pena"[31].

— § 2 —

¿ESTABILIZACION DE EXPECTATIVAS NORMATIVAS, PROTECCION DE VALORES ETICO-SOCIALES DE ACCION O PROTECCION DE BIENES JURIDICOS?

— *a* —

38. — El derecho penal moderno (a partir de Binding) se ha desarrollado desde la *idea de protección de bienes jurídicos.* De acuerdo con ella, el legislador amenaza con pena las acciones que vulneran (o ponen en peligro) determinados intereses de una sociedad determinada. La vida, la libertad, la propiedad, etcétera, son intereses o fi-

[30] En este sentido: Neumann, *Zurechnung und "Vorverschulden"*, 1985; sobre las "teorías de la unión" ver *supra* § 1, *c*).

[31] Roxin, *Strafrechtliche Grundlagenprobleme*, 1973, ps. 3 a 31.

nalidades de la sociedad que el legislador quiere proteger amenazando a quienes los ataquen con la aplicación de una pena; de esta forma, tales intereses se convierten, a través de su reconocimiento en el orden jurídico positivo, en *bienes jurídicos*. De la idea de protección de bienes jurídicos se deducen en la teoría límites para el *ius puniendi*, es decir para el derecho de dictar leyes penales que el art. 149.1.6ª de la *CE* acuerda al Estado.

En particular se sostiene que *no protegen ningún bien jurídico* las amenazas penales arbitrarias, las normas que establecen finalidades puramente ideológicas o morales, crean desigualdades injustificadas entre las personas o imponen penas a la expresión de opiniones[32]. Al mismo tiempo se admite que no ha sido totalmente aclarado si "a través de la concreción del concepto material del delito alcanzada a través de la limitación a la protección de bienes jurídicos sólo tiene implicaciones político-criminales o también posee efecto jurídico-vinculante, con la consecuencia que una norma jurídico penal que choque con ella carezca de validez"[33].

39. — La teoría del bien jurídico —sin embargo— no tiene en sí misma las posibilidades de limitar el uso del derecho penal sólo a la protección de bienes jurídicos.

En todo caso, en la medida en la que prácticamente todo interés, toda finalidad o cualquier función del sistema social se puede considerar un bien jurídico, la capacidad limitadora del concepto de bien jurídico es, en verdad, nula. Más aún, las limitaciones del *ius puniendi* no surgen de la reducción del concepto de delito a la protección de bienes jurídicos en el sentido de la teoría expuesta, sino de los *valores superiores del ordenamiento jurídico* que establece el art. 1º de la *CE*: la *dignidad de la persona*, los derechos inviolables que le son inherentes y el *libre desarrollo de la personalidad*.

— *b* —

40. — Frente a este punto de vista (dominante en la doctrina actual) se sostiene que "la tarea del derecho penal consiste en la protec-

[32] Cfr. Roxin, *Strafrechtliche Grundlagenprobleme*, 1973, § 2, IV.
[33] Roxin, *Strafrechtliche Grundlagenprobleme*, 1973, § 2, IX.

ción de bienes jurídicos a través de la protección de valores ético-sociales elementales de acción"[34]. En su limitación a los deberes elementales (afirma Welzel[35]) "el derecho penal cumple una significativa función, configuradora de las costumbres" *(sittenbildende Funktion)*. El giro sugerido por Welzel es consecuencia de una concepción del derecho penal que puede ofrecer reparos en el marco de una Constitución que garantiza el pluralismo y la libertad ideológica y religiosa, así como el libre desarrollo de la personalidad.

— *c* —

41. — Desde la perspectiva del *funcionalismo sistémico,* la función del derecho penal no es la consolidación de un estado de cosas, sino la configuración de la identidad de una sociedad; lo decisivo son las reglas que establecen esta identidad, y no los bienes o situaciones. Por ello, el derecho penal tiene la misión de garantizar normas. Las normas, por su parte, autorizan la lesión de bienes y la modificación de situaciones cuando ello es necesario para el desarrollo de la sociedad: se autoriza a producir ciertos peligros con el tráfico automotor y la concreción de estos peligros en daños no se imputa al autor que se mantuvo dentro del límite del riesgo permitido. "Sociedad es la construcción de un nexo comunicativo, que, en todo caso, siempre puede ser configurado de una manera diferente a como se lo ha configurado concretamente, de lo contrario no sería una construcción). Dado que se trata de la configuración y no de la consolidación de un estado de cosas, la identidad de la sociedad se determina por las reglas que la configuran, es decir, por las normas y no por los estados de cosas o los bienes"[36].

42. — En suma: *las normas son el objeto de protección de las normas penales. Los valores superiores del ordenamiento jurídico (libertad, justicia, igualdad y pluralismo político), así como los llamados fundamentos del orden político y la paz social y los derechos funda-*

[34] Welzel, *Das deutsche Strafrecht*, 11ª ed., 1969, p. 5.
[35] Welzel, *Das deutsche Strafrecht*, 11ª ed., 1969, p. 5.
[36] Jakobs, *Gesellschaft - Norm - Person in einer Theorie funktionalen Strafrechts*, p. 4.

mentales de ellos derivados, marcan los límites del legislador para la creación de normas penales (arts. 1°, 10, 14 y ss. y 53, *CE*).

43. — Un problema de difícil solución, vinculado a lo antedicho, concierne a los límites hasta los que el derecho penal se extiende para sancionar acciones que pueden generar un peligro de infracción de normas que protegen ciertos intereses importantes. Por ejemplo: el delito de tenencia de armas (arts. 563 y ss., Cód. Penal español) implica un adelanto de la protección de las normas que protegen, a su vez, la vida, la integridad corporal y, en ocasiones, la libertad de otro; los delitos de falsedad documental (arts. 390 y ss., Cód. Penal español) también son un adelanto de la protección de las normas que prohíben la estafa (art. 248, Cód. Penal español), entre otros delitos. Con razón se ha señalado que "una totalización de la protección de bienes particulares significa siempre, al mismo tiempo, una minimalización de la libertad y de la privacidad"[37].

En este sentido, los *delitos de peligro abstracto* pueden dar lugar a una limitación incompatible constitucionalmente con la garantía de derechos fundamentales, cuando impliquen una limitación, por ejemplo de la libertad, que afecte al "contenido esencial" (art. 53.1, *CE*) de este derecho[38]. En este punto es evidente la importancia del modelo de una sociedad libre del que se parta: el contenido esencial de la libertad de acción está históricamente condicionado por el sentimiento jurídico de una sociedad en un momento determinado.

— § 3 —

LA EXTENSION DE LAS FUNCIONES DEL DERECHO PENAL: EL SISTEMA DE "DOBLE VIA"

44. — El derecho penal del siglo XX se ha caracterizado por una extensión de sus funciones.

[37] Jakobs, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 1983, nros. 2/25, *b*).

[38] Sobre los *criterios materiales* para resolver esta cuestión ver Jakobs, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 1983, nros. 2/25, *c*).

El derecho antiguo, nacido bajo la influencia de las teorías absolutas (ver *supra,* § 1, *a*) no tenía a su cargo la prevención de los comportamientos delictivos futuros de quien había cometido un delito. Su función era la represión de los hechos punibles pasados, es decir, la retribución de la culpabilidad exteriorizada por el autor en el delito cometido. La *peligrosidad* futura del autor era ajena a sus preocupaciones. Desde finales del siglo XIX, el derecho penal extendió su ámbito de acción a la peligrosidad, para lo cual incorporó al sistema de consecuencias jurídicas del delito las *medidas de seguridad*. El sistema resultante (penas-medidas de seguridad) se llamó de "doble vía".

— *a* —

45. — El derecho español, sin embargo, ha permanecido —lo mismo que el francés— en cierto sentido ajeno a esta discusión, pues mantiene un tratamiento separado de los problemas de la peligrosidad, según provengan de un incapaz de culpabilidad o de un sujeto culpable (el caso del reincidente). El art. 8.1° del Cód. Penal español de 1848 preveía ciertamente el internamiento de *inimputables* o *incapaces de culpabilidad*, pero la reincidencia, que contemplaba en el art. 10.16° y 17°, se contemplaba como una circunstancia agravante de la pena. Es claro que tanto los inimputables peligrosos como los reincidentes, que exteriorizaban una tendencia a la comisión de delitos, representaban un problema único: la recaída en el delito en el *futuro,* consecuencia de un impulso delictivo ya exteriorizado. La dualidad de tratamiento de ambas situaciones revelaba, por un lado, una cierta incomprensión del fenómeno y, por otro, una concepción de la pena dudosamente compatible con el *principio de la culpabilidad por el hecho*. En efecto, si la pena se emplea —aunque sólo sea en el caso de la reincidencia— para prevenir la comisión de hechos futuros en el caso de autores peligrosos, se da lugar a un *sistema monista de sanciones penales,* que desconoce las conexiones entre la pena y la culpabilidad, sistema que, por lo demás, no era realizado coherentemente, dada la solución adoptada para los incapaces de culpabilidad.

Estas inconsecuencias del derecho penal de 1848 con el principio de culpabilidad, por otra parte, no eran las únicas. También chocaba con este principio el art. 1° del Cód. Penal español de 1848 que establecía que "las acciones u omisiones penadas por la ley se reputan

siempre voluntarias, a no ser que conste lo contrario", es decir, que contenía una *presunción de la culpabilidad.*

46. — El legislador se propuso en 1983 (*LO* 8/83) recomponer las relaciones entre el derecho vigente y el principio de culpabilidad, pero la reforma sólo resolvió un aspecto de la cuestión, sin duda importante, pero parcial. La *LO* 8/83 eliminó la presunción de la voluntad e introdujo el art. 6 *bis*, *a*) del Cód. Penal (actual art. 14), que regulaba el error de tipo y el de prohibición. Pero, en relación con la reincidencia, solamente mitigó el rigor de la pena aplicable excluyendo la agravación prevista en el art. 61.6ª (redacción de la ley 81/78) para los casos de multirreincidencia, que permitía aplicar la pena superior en grado en toda su extensión (la agravación podía alcanzar a los dos grados a partir de la segunda reincidencia en el Código de 1944).

47. — Los intentos de la jurisprudencia de entender la agravante de reincidencia de una manera adecuada al principio de culpabilidad (*SSTS* del 6/4/90; 15/10/90; 5/11/90; 22/4/91) y otorgar, de esa manera, una base para un sistema de doble vía, no han sido aceptados de manera unánime[39]. La *STC* 150/91 tampoco aclaró convincentemente el problema de la compatibilidad del tratamiento de la reincidencia con el derecho vigente, según el entendimiento clásico, y el principio de culpabilidad.

48. — En consecuencia la evolución hacia un auténtico derecho penal de culpabilidad se encuentra detenida por la férrea resistencia que opone una *concepción monista del sistema de sanciones,* que no ha puesto en duda la utilización de la pena para resolver el problema de la peligrosidad. Ello ha impedido también que la reforma del Código Penal español de 1995 haya estructurado un auténtico sistema de "doble vía" tal como lo venían postulando las reformas penales europeas (por ejemplo, Código Penal alemán de 1969; italiano de 1930; suizo de 1937).

[39] Cfr. Zugaldía Espinar, en "Revista del Poder Judicial", nº 13, 1989, p. 85 y ss.; Mir Puig, en "Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales", t. XLVI, 1993, p. 1139 y ss.; Díez Ripollés, en *LLespañola*, ejemplar del 30/4/93, p. 1 y siguientes.

— *b* —

49. — En el derecho penal moderno, por el contrario, se sostiene que "toda pena presupone la culpabilidad del autor en la comisión de un hecho que pertenece al pasado; toda medida de seguridad —por el contrario— presupone una peligrosidad duradera del autor en relación al futuro"[40]. A partir de estas consideraciones se explica que las medidas de seguridad *no constituyan necesariamente una alternativa a la pena,* sino que "frecuentemente sean aplicadas junto con ellas"[41]. *Ello pone de manifiesto que un sistema de doble vía no se caracteriza porque el ordenamiento prevé penas para capaces de culpabilidad y medidas de seguridad para incapaces de culpabilidad, sino porque el sistema de reacciones penales prevé penas para los culpables y medidas para los peligrosos (capaces o no de culpabilidad).*

— *c* —

50. — La fundamentación de un sistema dualista no es obvia ni mucho menos. Una estricta separación entre penas y medidas sólo es posible en tanto la pena se entienda desde el punto de vista de las teorías absolutas. Por el contrario, la fundamentación se torna especialmente discutida cuando la pena se concibe según las "teorías de la unión".

51. — En efecto, las "teorías" relativas de la prevención especial a partir de von Liszt carecían de la posibilidad conceptual de distinción, porque pena y medida tenían el mismo fin: incidir sobre el autor para evitar la reincidencia. Desde este punto de vista es comprensible que von Liszt afirmara que "si la medida de seguridad se conecta a la comisión de una acción punible, es posible que asuma en ella la esencia de la pena (un mal vinculado a un juicio de disvalor), y esto inclusive desde el punto de vista de la teoría de la retribución. En tanto esta teoría admite, aunque sólo sea secundariamente, la persecución de la corrección y la seguridad, cabe afirmar que la pena pene-

[40] Roxin, *Strafrechtliche Grundlagenprobleme,* 1973, § 3; en idéntico sentido Mir Puig, *Derecho penal. Parte general,* 4ª ed., 1996, p. 8 y siguientes.

[41] Roxin, *Strafrechtliche Grundlagenprobleme,* 1973, § 3.

tra en el terreno de la medida de seguridad"[42]. Este mismo pasaje de von Liszt explica por qué motivo las "teorías de la unión" encuentran dificultades conceptuales en fundamentar una distinción entre penas y medidas. En la teoría moderna, las "teorías de la unión" sólo pueden diferenciar ambos conceptos mediante el criterio limitador a que responden pena y medida de seguridad: "Llamamos pena a la sanción que reprime comportamientos socialmente insoportables en tanto está limitada por el principio de culpabilidad, y medida en tanto está limitada por el principio de proporcionalidad"[43].

52. — El criterio limitador de la gravedad de la intervención del Estado en la forma de pena o medida deja de cumplir su muy precaria función si esta limitación se concibe de una manera unitaria en base al principio de proporcionalidad[44]. Si no hay diferencia en la limitación ni en el fundamento es evidente que no caben formas posibles de distinción.

53. — Desde otro punto de vista, la distinción parece altamente dificultosa si se sostiene, como Welzel[45], que el criterio utilitarista no es suficiente para fundamentar las medidas de seguridad y "siempre habrá que investigar su admisibilidad moral frente al individuo". Sin embargo Welzel pretende que este fundamento moral sea lo que legitima al Estado en la aplicación de la medida sin que implique, como presupuesto, la reprochabilidad del autor: "Toda libertad externa o social se justifica en última instancia a partir de la libertad interior o moralmente obligada. El que no es capaz de autodeterminación por carecer de libertad (como el enfermo mental) o no es suficientemente capaz como consecuencia de sus malas aptitudes, taras o hábitos, no puede pretender una total libertad social"[46]. La argumentación de Welzel deja de todos modos muy poco margen para una

[42] Liszt, *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, 23ª ed., 1921, p. 247.
[43] Roxin, *Strafrechtliche Grundlagenprobleme*, 1973, p. 57.
[44] Hassemer - Ellscheid, en *Seminar Abweichendes Verhalten*, 1975, t. II, p. 266 y siguientes.
[45] Welzel, *Das deutsche Strafrecht*, 11ª ed., 1969, p. 245.
[46] Welzel, *Das deutsche Strafrecht*, 11ª ed., 1969, p. 245.

distinción satisfactoria, pues también las medidas operarían aquí represivamente[47].

54. — La distinción entre penas y medidas y, por lo tanto, la base del sistema dualista, tiende a perder sostén legal en las legislaciones modernas por la aceptación cada vez más difundida del llamado principio vicarial, según el cual el tiempo de cumplimiento de una medida de seguridad privativa de libertad es compatible como cumplimiento de la pena privativa de libertad[48].

55. — En razón de las dificultades teóricas y de las tendencias legislativas apuntadas resulta en la actualidad muy problemático el futuro del sistema dualista o de "doble vía". Sin embargo, no parece que el sistema monista se vaya a imponer en forma inmediata.

56. — En la teoría española cabe destacar el intento de Antón Oneca, quien propuso la creación de una "tercera vía". "Entre la pena retributiva y orientada principalmente a la prevención general y la medida de prevención individual para los irresponsables, quedaría la zona cubierta por las sanciones destinadas a aquellos imputables en quienes se ha descubierto una peligrosidad grave, desproporcionada con la levedad del delito, y que no sería eficazmente combatida con una pena a éste proporcionada"[49]. El punto de vista de Antón Oneca no permite, en realidad, superar los problemas teóricos ya señalados, pero preanunció hace casi medio siglo la configuración que hoy presenta el derecho penal y que es, precisamente, la que ha minado la consistencia del principio de "doble vía".

57. — Prácticamente en esta dirección se orientan hoy, *mutatis mutandis*, los partidarios de la teoría de la prevención general positiva. Jakobs ha formulado distintos criterios diferenciando desde el

[47] Marquardt, *Dogmatische und Kriminologische Aspekte des Vikarierens von Strafe und Massregel*, 1972, p. 31.

[48] Bacigalupo, en "Cuadernos de Política Criminal", 1977, nº 2, p. 18 y ss.; cfr. Quintero Olivares, *Introducción al derecho penal. Parte general*, 1981, p. 28 y siguientes.

[49] Antón Oneca, *La prevención general y la prevención especial en la teoría de la pena*, 1944, p. 115.

punto de vista de la relación entre la medida y la finalidad del mantenimiento de la validez de la norma[50]. En este sentido distingue entre medidas complementadoras de la pena (pues se aplican a personas que no han obrado culpablemente) y medidas impuestas en lugar de una pena (que se ejecutan en su lugar). Esta clasificación de las medidas responde a un derecho positivo mucho más complejo que el español vigente en esta materia, como es el caso del derecho alemán después de 1975. De todos modos, el punto de vista de Jakobs permite formular principios plausibles de legitimidad, que, por otra parte, muestran hasta qué punto una separación total de penas y medidas acaso sólo sea posible en el supuesto de medidas de seguridad que reemplazan una pena.

58. — Como se verá, desde esta perspectiva la teoría de la prevención general positiva parece hacer más una descripción de la situación legal actual que una legitimación de la misma. Sin embargo, una correcta caracterización de esta problemática pondrá de manifiesto que se trata de una legitimación por la vinculación de las medidas con la estabilización de las normas.

59. — En el caso de las medidas complementadoras de la pena (sobre todo las que se aplican a reincidentes), tienen también una función vinculada con el mantenimiento de la validez de la norma; la medida tiene una función auxiliar similar a la de la pena[51].

60. — Esta conexión entre medida y validez de la norma ya no se daría en el caso de las medidas aplicadas en reemplazo de una pena (art. 20.1°, Cód. Penal español), en cuyo caso "la meta (a diferencia de lo que ocurre en el caso de las complementadoras) no es la validez de la norma, sino la eliminación del peligro"[52]. Aquí la medida asume una función independiente dando una solución propia al conflicto.

[50] Jakobs, *Strafrecht, Allgemeiner Teil,* 1983, p. 24 y siguientes.

[51] Aquí no es posible entrar en la naturaleza del efecto agravante de la pena prevista en el derecho español, art. 22.8ª, Cód. Penal, sin embargo ésta es una discusión que no se debe demorar. Ver *STS* del 6/4/90, rec. 3/17.

[52] Jakobs, *Strafrecht, Allgemeiner Teil,* 1983, p. 26.

61. — Por último, en el supuesto de las medidas impuestas en lugar de una pena (caso de aplicación del principio vicarial: art. 19, Cód. Penal español) se trata de estabilizar la norma quebrantada, "en tanto se elevan las posibilidades fácticas de su observancia"[53]. Se procura mediante estas medidas asegurar la validez de la norma actuando sobre la tendencia lesiva del autor.

— § 4 —

EL DERECHO PENAL EN EL SISTEMA SANCIONATORIO DEL DERECHO PUBLICO

62. — El derecho penal sólo es una parte del sistema de sanciones estatales. Además de las penas y las medidas el Estado dispone de *sanciones administrativas*, establecidas en leyes especiales, cuya aplicación se regula en el Título IX de la ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las AAPP y del Procedimiento Administrativo Común. Una diferencia material entre las ilicitudes sancionadas administrativamente y los delitos del derecho penal criminal no ha sido hasta el momento convincentemente formulada. Los esfuerzos realizados en este sentido se han basado en distinciones carentes de operatividad. Así, las distinciones entre "autorización de la voluntad" *(Wollendürfen)* y "bienestar" *(Wohlfahrt)* propuesta por Goldschmidt[54] o la diferenciación entre "valores de justicia" y "valores de bienestar" sugerida por Erik Wolf[55], no han podido determinar claramente el ámbito correspondiente a las sanciones administrativas y el que es propio del derecho penal.

63. — Los autores modernos se limitan a establecer criterios de distinción menos rígidos que los ya comentados. Por un lado, se sostiene que la diferencia reside en criterios referentes al merecimiento de pena, que requieren "un grado considerable de peligrosidad" y un

[53] Jakobs, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 1983, p. 26.
[54] Goldschmidt, *Das Verwaltungsstrafrecht*, 1902, p. 529 y siguientes.
[55] Wolf, *Festgabe für Frank*, 1930, t. II, p. 516 y siguientes.

"alto grado de reprochabilidad de la actitud del autor"[56]. Por otro, se reconduce la distinción a la diferencia entre la infracción de normas que "definen la identidad de una sociedad, de un Estado, de personas" y la de otras que no pertenecen a este núcleo de normas[57].

64. — El punto de apoyo constitucional de la distinción, de cualquier manera, se encuentra en el art. 25.3 de la *CE* que autoriza a la Administración a imponer sanciones, siempre que éstas no impliquen, directa o subsidiariamente, privación de libertad. De esta manera desaparecen las dudas sobre la legitimidad de las sanciones administrativas en el ordenamiento jurídico español[58].

El precepto, cuyo contenido es correcto, no debe favorecer la errónea creencia de que la pena privativa de la libertad es la que *verdaderamente* debe caracterizar al derecho penal criminal. Tal punto de vista se aleja de los postulados político-criminales hoy comúnmente aceptados, de acuerdo con los cuales se tiende a reducir la aplicación de la privación de libertad al mínimo imprescindible.

65. — De todas formas, resulta claro que el derecho penal criminal y el sancionatorio administrativo forman parte del *sistema jurídico de sanciones estatales* y que toda política criminal debe diseñar un programa en el que se establezca con precisión qué conductas se pretende sancionar criminalmente y cuáles, por el contrario, se consideran de un rango menor y sólo merecedoras de sanciones administrativas. En el Código Penal vigente existen preceptos que, muy probablemente, deberían ser trasladados al derecho sancionatorio administrativo, por ejemplo: los arts. 293 y 294 del Cód. Penal español.

66. — La materia propia de las sanciones administrativas no se debe confundir con la correspondiente al Libro III del Código Penal, es decir, *las faltas*. Por regla éstas no son sino supuestos de delitos en los que —por lo general por razones cuantitativas— se considera que

[56] Jescheck, *Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil*, 3ª ed., 1978, p. 58 y siguientes.

[57] Jakobs, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 1983, p. 50 y siguientes.

[58] Bacigalupo, *Sanciones administrativas*, 1991, con una exposición de la discusión al respecto.

la ilicitud es de menor gravedad y requiere sólo una pena (criminal) atenuada especialmente.

B — Dogmática penal, criminología y política criminal

67. — En principio, se puede afirmar que el delito y las instituciones vinculadas a su control son objeto de consideración por parte del derecho, de la criminología y de la política criminal. Las relaciones de los diversos modos de tratamiento han dado lugar a entendimientos que no siempre son coincidentes. Resulta conveniente un análisis separado de las cuestiones que plantean la criminología y la política criminal en su relación con la dogmática penal.

— § 5 —

LA DOGMATICA PENAL

68. — La presente exposición del derecho penal es una exposición dogmática. Con esto se quiere decir, ante todo, que se tratará de los conceptos y del sistema de los mismos mediante los cuales los juristas del derecho penal aplican éste a los casos que lo requieren. Los conceptos de la dogmática tienen, por ende, una finalidad práctica.

69. — La dogmática procura una aplicación altamente objetiva del derecho vigente. Sin embargo, no puede lograr una objetividad total: la exclusión absoluta de puntos de vista del intérprete no es posible. Toda aplicación del derecho requiere fijar puntos de partida que condicionan el proceso interpretativo posterior. Ejemplo de ello es ya la primera cuestión que debe resolver un dogmático: ¿se debe investigar la voluntad del legislador o la "voluntad" de la ley? ¿debe preferirse una interpretación amplia o restrictiva?[59].

[59] Larenz, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 1960, p. 237 y ss., p. 259 y ss.; Adomeit, *Rechtstheorie für Studenten*, 2ª ed., 1981, p. 16; Bacigalupo, *I dogmi della dogmatica penale*, en "Dei delitti e delle pene", t. II, 1983.

70. — El interés del conocimiento dogmático se vincula a la tarea de la aplicación del derecho penal a los casos que juzgan o deben juzgar los tribunales. Por ello, con la ayuda de los instrumentos conceptuales de la dogmática, el jurista del derecho penal debe poder contestar de una manera técnicamente aceptable: *1)* si el autor de un hecho es punible y, *2)* cómo debe ser punible[60].

71. — Dado que la dogmática penal debe permitir contestar la pregunta referente a si un hecho es o no delito, es preciso analizar sus relaciones con otros conocimientos que se ocupan del derecho penal. Así, cabe buscar los límites de la dogmática en dos sentidos: respecto de la criminología y de la política criminal. Estos límites no han sido constantes en la historia científica del derecho penal, como se verá a continuación. Pero la cuestión de los límites tiene importancia, pues determina cuáles son los conocimientos o consideraciones que es legítimo utilizar en la respuesta a las preguntas sobre el si y el cómo de la punibilidad. Por ejemplo: la comprobación de que el autor de un hecho reúne características personales que corresponderían al tipo genérico de "hombre delincuente" tuvo en otra época el carácter de un conocimiento científico; sin embargo, se trata de un conocimiento que carece de legitimación a estos fines.

— § 6 —

El metodo de la dogmatica penal

72. — En torno al problema del objeto de la dogmática penal y al método de ésta se han discutido problemas mucho más amplios de la dogmática jurídica en general. Las características de esta discusión han sido calificadas recientemente de caóticas, no sin razón[61], y tal afirmación resulta perfectamente aplicable a la dogmática penal en particular. Probablemente por este motivo pueda resultar útil tratar los problemas fundamentales de la dogmática penal en relación a los ideales científicos que han dominado el desarrollo de la discusión.

[60] Naucke, *Strafrechts, eine Einführung*, 3ª ed., 1980, p. 18 y ss.; Adomeit, *Rechtstheorie für Studenten*, 2ª ed., 1981, p. 80 y siguientes.

[61] Bydlynsky, *Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff*, 1982, p. 4.

73. — Tres son los problemas fundamentales de la dogmática penal y pueden permitirnos desarrollar el tema propuesto:

a) Los problemas referentes a la determinación del objeto de la dogmática penal: ¿Qué se quiere conocer?

b) Los problemas del conocimiento de ese objeto: ¿Cómo se puede conocer el derecho penal?

c) Los problemas de la sistematización de los conocimientos sobre el objeto: ¿Qué es y cómo se construye el sistema científico del derecho penal?

— *a* —

74. — Comencemos con el problema del objeto. En la actualidad el problema de la determinación del objeto del conocimiento de la dogmática penal debería abordarse de una manera histórico-científica. Las discusiones actuales perderían prácticamente toda perspectiva si no se explicaran sus problemas en una forma dinámica. La cuestión del objeto de la ciencia del derecho penal no puede tratarse sino dentro de un marco teórico determinado y tiene diferentes características según el contorno dentro del que se haga.

75. — La cuestión del objeto del derecho penal como ciencia de los juristas surgió como problema explícito en el marco teórico de la filosofía científica del positivismo y no sólo fue una discusión referente al objeto de los conocimientos de los juristas, sino ante todo una discusión relativa a la cientificidad de los mismos.

Como es sabido, para el positivismo, fuera de la lógica y de las matemáticas sólo existen conocimientos científicos referentes a hechos sensiblemente perceptibles. Las normas del derecho penal, como tales y de la forma en que hasta entonces habían ocupado a los dogmáticos, no eran ni formas lógicas, ni conocimientos matemáticos, ni hechos perceptibles por los sentidos: por ende, la ciencia jurídica tradicional no era tal ciencia o no podía serlo dentro de este marco teórico.

76. — Según el ideal científico del positivismo, la cientificidad de la dogmática penal dependería de que el objeto de conocimiento fueran hechos de la experiencia sensible (empíricos).

Esta cuestión no tuvo respuesta uniforme dentro del campo del positivismo. La cientificidad de la dogmática penal o de la ciencia del derecho tradicional (ya que los positivistas prefieren no usar la expresión "dogmática") fue defendida, por lo menos, con dos tipos de argumentaciones que cabría calificar de "integradoras" (von Liszt y Ferri) y de "desintegradoras". La diferencia reside en el tipo de reduccionismo utilizado: las argumentaciones "integradoras" procuran sumergir a la ciencia jurídico-penal tradicional en una ciencia empírica de las causas del fenómeno criminal; las "desintegradoras", por el contrario, trataron de reducir las explicaciones jurídico-penales al esquema de las relaciones causa-efecto.

77. — En España ésta es la problemática metodológica dentro de la cual se desarrolló la que José Antón Oneca llamó con acierto "generación española de la política criminal"[62], Saldaña, Jiménez de Asúa y Cuello Calón. Sin embargo, la cuestión propiamente metodológica no tuvo un reflejo visible en la obra de esta generación.

A mi juicio una prueba de peso en favor de esta afirmación se encuentra ya en la forma en que se produce su ruptura con el positivismo italiano orientado por Ferri. En el centro de esta disputa no se encuentran afirmaciones referentes al método, sino que las argumentaciones centrales de Jiménez de Asúa, que fue quien llevó el mayor peso en la misma, se orientan hacia los aspectos político-institucionales del programa político-criminal del positivismo de Ferri y su "retorno" a la dogmática postulado en la apertura del curso 1931-1932 de la Universidad de Madrid, que se basa en la capacidad atribuida a ésta para una mejor defensa de la libertad.

78. — Vista desde la moderna teoría de la historia de la ciencia de Kuhn[63], cabe postular aquí la posibilidad de que la generación española de la política criminal no haya sido protagonista de una revolución científica, sino que se haya desarrollado dentro de lo que Kuhn denomina "ciencia normal", es decir, dentro del paradigma estabili-

[62] Antón Oneca, *Homenaje a Jiménez de Asúa*, 1970, ps. 337 y siguientes.

[63] Kuhn, *Die Struktur wissenschaftlicher Revolutionen*, 1ª ed. norteamericana, 1962, citada según la ed. alemana de 1967, p. 25.

zado y reconocido por la comunidad científica de la ciencia de su época. Los discípulos españoles de von Liszt, con la excepción probablemente de Saldaña, evolucionaron hacia posiciones neokantianas sin una discusión metodológica expresa, como la que dieron en Alemania Radbruch y Grünhut.

79. — Desde el ángulo de lo que se dio en llamar la "lucha de escuelas" el problema del objeto de la ciencia del derecho penal no fue sino una cuestión vinculada a la adaptación de aquélla al ideal científico del positivismo. Analicemos ahora los tres mode los fundamentales de esta adaptación.

80. — El modelo de la sociología criminal procura, en realidad, una alternativa no normativa a la ciencia clásica jurídico-penal. En ello me parecen innegables sus contactos y su paralelismo con la ética de Schopenhauer, que intentaba fundamentar una alternativa no normativa (no imperativa) a la ética kantiana. Así el desplazamiento del derecho vigente a un segundo plano se justifica porque las conclusiones jurídicas deben obtenerse —según Ferri— en primer término de la observación del fenómeno social de la delincuencia. La obra con la que el mismo dijo terminar su vida científica, los *Principii di diritto criminale* (1928), responde a esta concepción científica.

81. — Los fundamentos metodológicos de la "ciencia total del derecho penal" propugnada por von Liszt no afectaron, por el contrario, a las concepciones de la ciencia penal clásica, pues dentro de este marco la tarea primaria de la ciencia jurídico-penal no es sino el "conocimiento de las normas de acuerdo con un método lógico-jurídico"[64]. Sin embargo, ello no constituiría ni "la única ni la más alta tarea de la ciencia del derecho penal". Por encima del conocimiento de las normas está el "conocimiento científico independiente de los fenómenos que constituyen su propio objeto: el delito y la pena". Tal conocimiento es el conocimiento del fenómeno en sus causas determinantes. Por lo tanto, von Liszt sólo consideró al estudio normativo del derecho penal como una ciencia, si esta expresión era tomada en el

[64] Liszt, *Strafrechtliche Vorträge und Aufsätze*, 1905, t. II, p. 286.

"más amplio sentido de la misma"[65]. En más de una oportunidad y con muy diferentes imágenes literarias von Liszt no dejó de ocultar sus dudas respecto del carácter científico del conocimiento de las normas del derecho penal. Sin embargo, lo que debe subrayarse es que en ningún momento postuló un reduccionismo a la sociología.

82. — La tercera y última de las respuestas que procuran adecuar la ciencia jurídico-penal al ideal científico del positivismo es la de Arturo Rocco. De ella hemos dicho que es desintegradora, porque rechaza todo contacto con las ciencias sociales y con la filosofía, pero que es —en sentido inverso a la teoría de Ferri— reduccionista, ya que afirma que el pensamiento jurídico-penal tradicional podría expresarse en relaciones de causa a efecto. De esta manera se cumpliría con la principal exigencia del positivismo. Rocco creyó en un conocimiento del derecho penal ajeno a todo presupuesto. El objeto no podría ser sino el derecho positivo carente de toda contaminación antropológica, sociológica o política. El carácter causal explicativo de este estudio, Rocco creyó encontrarlo en la relación que une al delito como causa, la pena como efecto[66]. De esta manera el "hecho" del derecho penal positivo se explicaba como una sucesión de causas (delitos) y efectos (penas).

Globalmente consideradas, estas soluciones generan reparos que difícilmente pueden superarse en el marco mismo del positivismo.

83. — La sociología criminal de Ferri modifica sustancialmente el interés del conocimiento científico jurídico-penal: el jurista tiene un interés primario en la aplicación del derecho vigente, aunque no se desinterese de la reforma del mismo. La sociología criminal presupone —a la inversa— un desplazamiento del interés de jurista a la reforma y un notable descuido de la aplicación del derecho. La realización de la tarea de reforma resulta inclusive poco factible sin el conocimiento técnico de la aplicación del derecho penal. La sociología criminal no salva el carácter científico del derecho penal sino que modifica la función del jurista, y de una manera teóricamente objetable.

[65] Liszt, *Strafrechtliche Vorträge und Aufsätze*, 1905, t. II, p. 289.

[66] Rocco, *Opere giuridiche. Scritti giuridici varii*, Roma, 1933, t. III, p. 263 y ss. y 289.

84. — La "ciencia total del derecho penal" extiende el círculo de interés del jurista, tal vez allí reside su mérito, pero no logra salvar el carácter científico del conocimiento de las normas del derecho penal.

85. — La "Escuela Técnico-Jurídica" de Rocco nació prácticamente muerta. Un año después de haberse pronunciado la famosa lección inaugural de la Universidad de Sassari, Hans Kelsen puso de manifiesto que la relación entre el delito y la pena, entre el presupuesto y la consecuencia jurídica no era una relación causal, sino de imputación, o sea "una conexión que tiene lugar en base a una norma y que no es causal ni teleológica"[67]. Aun excluyendo la reforma del derecho penal positivo del interés básico del jurista, Rocco no pudo salvar tampoco la cientificidad de la ciencia jurídico-penal en el marco del positivismo. El golpe de gracia para esta concepción no se hizo esperar mucho más. En 1919 Max Weber demostraba que un conocimiento científico carente absolutamente de presupuestos no existe en ninguna ciencia: todo conocimiento científico presupone por lo menos la lógica y el método.

86. — La cuestión de la determinación del objeto de la ciencia del derecho penal adquiere otras dimensiones totalmente diversas cuando se abandona el marco teórico del positivismo. Ello tiene lugar cuando la cuestión se plantea dentro de las ciencias del espíritu. En ellas el criterio de cientificidad ya no se reduce a la posibilidad de explicaciones causales de fenómenos sensibles. El ideal científico de las ciencias del espíritu es "comprender el fenómeno mismo en su concreción única e histórica"[68]. El caso individual no interesa como constatación de una ley general, sino este hombre, esta sociedad, este Estado, etcétera[69]. La referencia común que reúne a estas ciencias es, dicho en palabras de Dilthey[70]: "determinar lo humano y diferenciarlo de lo que corresponde a las ciencias naturales".

[67] Kelsen, *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*, 2ª ed., 1923, p. 27 y ss.; ídem, *Über die Grenzen zwischen juristischer und soziologischer Methode*, 1911, p. 49.

[68] Gadamer, *Wahrheit und Methode*, 4ª ed., 1975, p. 2.

[69] Gadamer, *Wahrheit und Methode*, 4ª ed., 1975, p. 2.

[70] Dilthey, *Der Aufbau der geschichtlichen Welt in der Geisterswissenschaften*, 1911, p. 91.

87. — La posibilidad teórica del tratamiento de los problemas del objeto del derecho penal dentro del paradigma de las ciencias del espíritu se convirtió en un tema claramente metodológico en lo que podríamos llamar el relevo generacional de la generación de la política criminal.

Aquí correspondería mencionar a dos autores que se pronunciaron abiertamente sobre el particular.

88. — En primer término Juan del Rosal, sobre la base de puntos de vista de Erik Wolf, postuló una ciencia penal "personalista y culturalista", primero en 1942 en su libro *Nuevo sentido del derecho penal* y más tarde en sus *Principios de derecho penal* (1948) donde subrayó la idea de persona y su significación en los problemas metodológicos del derecho penal.

89. — En segundo lugar Stampa Braun, que en 1953 publicó su *Introducción a la ciencia del derecho penal*. Esta obra fue considerada —incluso por discípulos de Stampa Braun— como una exposición del pensamiento de Rocco. Sin embargo, tiene con ella una diferencia fundamental: Rocco era un positivista (aunque no un seguidor de Ferri: no sólo hubo positivistas empiristas, sino que también los hubo lógicos y Rocco estuvo, tal vez, más cerca de estos últimos), mientras que Stampa no. La obra de Stampa Braun pertenece, por lo tanto, a este período, por su esfuerzo en la distinción entre interpretación y crítica del objeto de la interpretación: un punto aprovechable de Rocco, a pesar de su fracaso en otro aspecto.

90. — ¿Qué significa respecto del problema de la determinación del objeto de la ciencia del derecho penal el paradigma de las ciencias del espíritu?

Lo primero que cabe afirmar es que las normas del derecho penal serán un objeto legítimo de la ciencia del derecho penal. La ciencia del derecho penal es una ciencia hermenéutica porque su objeto es la comprensión del derecho penal: la dogmática penal aclara y explica mediante la interpretación los textos del derecho penal positivo con miras a su aplicación en casos concretos y por tal razón participa de los caracteres de todas las ciencias que tienen por finalidad comprender textos.

Sin embargo, la afirmación de que las normas del derecho positivo son un objeto legítimo del conocimiento hermenéutico parece arrastrar reminiscencias positivistas y naturalistas. En la dimensión de las ciencias del espíritu —por lo menos, ya que no es éste el lugar para preguntarse lo que ocurre en otras ciencias— el problema del objeto tiene características diferentes a las que el tratamiento clásico del tema les ha dado. Fundamentalmente los objetos de conocimiento del jurista del derecho penal no se presentan con la separación más o menos clara con que se diferencian los objetos de la experiencia sensible respecto del sujeto cognoscente. En las ciencias jurídicas, como ciencias hermenéuticas, la participación del sujeto en la determinación del objeto tiene caracteres muy especiales.

91. — Cuando se afirma que la finalidad de la dogmática es la de comprender el derecho positivo penal ya se choca con la primera cuestión oscura. "La dificultad principal de una teoría de la dogmática jurídica —dice Ralf Dreier—[71] consiste en que no existe completa unidad de pareceres sobre el concepto de derecho vigente y por lo tanto sobre el objeto de conocimiento de la dogmática jurídica". En el campo de la dogmática penal este problema tiene hoy gran actualidad, ya que la cuestión de si el derecho consuetudinario penal debe integrar o no el objeto de estudio de la dogmática penal es todo menos una cuestión pacífica.

A esto debe sumarse que tampoco hay unidad de pareceres en lo referente a qué es una norma. La definición de norma forma parte de las definiciones mediante las que se determina el significado que esta expresión debe tener en el lenguaje de la dogmática penal (dentro, por lo tanto, de un lenguaje científico). Estas definiciones tienen fines prácticos y su verdad o falsedad no puede comprobarse como la verdad o falsedad de una afirmación referente a un objeto de la experiencia sensible[72].

92. — Frente a tales definiciones sólo cabe preguntarse si alcanzan o no la finalidad para la que se les ha formulado.

[71] Dreier, *Recht, Moral, Ideologie*, 1981, p. 88.

[72] Sobre esto cfr. Eike v. Savigny, *Grundkurs im wissenschaftlichen Definieren*, 5ª ed., 1980, p. 22 y siguientes.

En la actualidad en la dogmática penal la expresión "norma" tiene más de un significado: algunos designan —con pequeñas variedades— simplemente los imperativos, mientras que otros se refieren a un concepto en el que deben distinguirse dos momentos diferentes: la norma objetiva de valoración y la norma subjetiva de determinación o de motivación. Las consecuencias que se encadenan en el sistema dogmático a cada una de estas definiciones son, como es sabido, muy diferentes: al lugar sistemático del conocimiento de la prohibición, al conocimiento que presupone el dolo como forma más grave de la responsabilidad penal, etcétera.

Por otra parte, y como prolongación de los problemas de definición que acaban de exponerse, aunque se alcanzara un entendimiento total respecto del concepto de norma, la moderna teoría de los sistemas normativos ha puesto de manifiesto ciertos límites de las definiciones posibles de norma y ha deducido de allí que no todos los enunciados de un sistema normativo (como son los de la dogmática penal) constituyen normas: también hay otras clases de enunciados que forman parte del sistema sin reunir los caracteres de una norma.

Estas reflexiones nos sirven para formular una tesis que se ha ido abriendo paso en la moderna teoría del método jurídico:

93. — El verdadero objeto de la dogmática penal —como de las dogmáticas jurídicas en general— son las cuestiones jurídicas del derecho penal y no en primer término las normas; éstas son ya una de las cuestiones que debe enfrentar el jurista[73]. En realidad, si bien no se ha formulado de esta manera entre los juristas españoles del derecho penal, parece posible detectar una atmósfera propicia a esta concepción en la ciencia jurídico-penal española. Por ejemplo, Gimbernat apoya toda la justificación de la dogmática penal en la seguridad que brindan las teorías dogmáticas en la aplicación del derecho[74], y Mir Puig postula una dogmática "creadora", que sería conceptualmente imposible si las normas fueran conceptos fijos y ajenos a las definiciones del intérprete. O, por último, Rodríguez Ramos, que considera que el método no sólo debe adecuarse al objeto, sino

[73] Cfr. Adomeit, *Retchstheorie für Studenten*, 2ª ed., 1981, p. 15.
[74] Gimbernat Ordeig, *Estudios de derecho penal*, 1976, p. 79.

que supone "un elemento más a la hora de juzgar su idoneidad: el teleológicamente orientado renuncia *ad initio*, con razón, a la existencia de un concepto inmutable de norma"[75].

94. — Una consecuencia, a mi juicio inevitable, de lo antedicho es que en el marco de una ciencia hermenéutica el problema del método es necesariamente previo al problema del objeto, pues las cuestiones referentes a qué es y cómo se formula correctamente una definición de las que están en la base de la dogmática penal, es una cuestión típicamente metodológica.

— *b* —

95. — Si queremos ocuparnos ahora de las cuestiones referentes al conocimiento del objeto en el marco teórico de la hermenéutica deberíamos comenzar por una caracterización de ésta.

En general, en el derecho penal son pocos los trabajos que se refieren a la hermenéutica. La conocida obra de Josef Esser tiene sus miras en el derecho civil y no en el penal[76].

En la ciencia española califican a la ciencia jurídico-penal expresamente como una ciencia hermenéutica Cobo del Rosal y Vives Antón apoyándose expresamente en la obra general de Gadamer y definiendo la situación hermenéutica como el enfrentamiento del jurista con un texto legal cuyo sentido debe establecer[77].

96. — Afirmar que la ciencia del derecho penal es una ciencia hermenéutica implica ante todo, como sostiene Gadamer, que su carácter se "comprende más por la tradición humanista que por la idea del método de la ciencia moderna"[78].

97. — Desde el punto de vista de la tarea propia de la dogmática penal, la hermenéutica no sirve para fundamentar ontológicamente

[75] Rodríguez Ramos, *Apuntes de derecho penal. Parte general*, 1978-1979, t. I, p. 45.

[76] Esser, *Methodenwahl und Vorverständnis in der Rechtsfindung*, 1972.

[77] Cobo del Rosal - Vives Anton, *Derecho penal. Parte general*, t. I, p. 101.

[78] Gadamer, *Wahrheit und Methode*, 4ª ed., 1975, p. 15.

los valores o la verdad de los mismos, "sino que procura la comprensión del sentido, de los límites y de las condiciones de nuestras afirmaciones, de nuestro pensamiento y lenguaje y que se verifican en su comprensión y aplicación"[79].

98. — La comprensión del derecho penal deberá llevarse a cabo dentro de lo que se denomina "la experiencia hermenéutica" y en función de la estructura propia del proceso de comprensión estudiada por Heidegger y Gadamer.

Esto significa entonces una transformación considerable del problema de la interpretación de textos del derecho penal.

Tradicionalmente, y bajo la influencia de la metodología de las ciencias naturales la dogmática penal clásica vinculó la idea de seguridad jurídica con la distinción entre conocimiento y decisión, de acuerdo con lo cual sólo podía considerarse legítima una interpretación que se redujera al conocimiento de la ley, y al mismo tiempo, excluyera totalmente las decisiones del intérprete.

99. — Este esquema teórico del problema ya no es válido dentro de la experiencia hermenéutica. En primer lugar, porque dicho esquema presupone una concepción falsa del lenguaje y asigna a las palabras significados unívocos y precisos, mientras lo característico del lenguaje es precisamente su "apertura significativa": "no hay dos personas que atribuyan a la misma palabra precisamente el mismo significado", recuerda Arthur Kaufmann[80]. En segundo lugar, las posiciones superadoras de las concepciones tradicionales de la racionalidad (Popper, Hans Albert, o inclusive Norberto Bobbio) no estiman posible una distinción absoluta entre conocimiento y decisión (o valoración). Por lo tanto, una dogmática penal que quiera recoger en serio el estado de la problemática hermenéutica deberá dar cabida a la cuestión de las decisiones previas en su temática científica.

100. — Sólo con ánimo de ejemplificar, cabe señalar que los juristas del derecho penal carecen totalmente de principios elaborados

[79] Esser, *Methodenwahl und Vorverständnis in der Rechtsfindung*, 1972, p. 8.
[80] Kaufmann, Arthur, *Die Parallelwertung in der Laiensphäre*, 1982, p. 82.

para orientar sus elecciones metodológicas. Desde Savigny los dogmáticos utilizan en la interpretación de las leyes penales el método gramatical, el histórico y el teleológico. No sólo se trata de métodos de estructura muy diferente, sino que frecuentemente conducen a soluciones diversas respecto del texto. Sin embargo, las razones que determinan la aplicación de uno u otro medio son totalmente oscuras. No hay método alguno para decidir entre los distintos métodos. Como no hay tampoco método alguno para decidir entre las distintas teorías de la pena. Como ha explicado Bobbio: no hay criterios para resolver antinomias últimas[81].

101. — Un ejemplo tomado de la jurisprudencia del Tribunal Supremo lo pone de manifiesto:

> El Tribunal Supremo entiende que el robo con fuerza en las cosas descripto en el precedente art. 500, Cód. Penal sólo se configura si de dan algunos de los supuestos del art. 504, Cód Penal (*STS* 13/1/75). De esta manera no realizan el tipo del robo muchos supuestos en los que la ejecución del apoderamiento va acompañada de alguna otra manifestación de fuerza. En éste, el Tribunal Supremo opera con un método gramatical estricto. Sin embargo, cuando interpreta el nº 1 del precedente art. 504, es decir, el concepto de "escalamiento", el Tribunal (probablemente apoyándose en el método teleológico) incluye formas típicas que no representan de ninguna manera manifestaciones de fuerza en las cosas, pues aprecia la concurrencia de escalamiento cuando el autor se vale de "habilidad o destreza".

102. — En el estado actual de las investigaciones sobre estos aspectos del problema del método de la dogmática penal no es posible avanzar mucho más. Simplemente cabe señalar la inminencia de la incorporación de una problemática nueva y hasta ahora ajena al contenido del discurso metodológico de la dogmática penal: la cuestión de las decisiones previas, sus condiciones y sus límites.

— *c* —

103. — Estrechamente vinculado con lo ya expuesto se encuentra el tercer y último problema: se trata de la cuestión de la función y fundamentación del sistema dogmático de la teoría del delito. Es prácti-

[81] Bobbio, *Contribución a la teoría del derecho*, 1980, p. 349 y siguientes.

camente un lugar común afirmar que la ciencia del derecho penal es eminentemente sistemática. Existe además una difundida coincidencia en que los elementos que componen dicho sistema (dejando de lado las disputas en torno al contenido en particular de estos conceptos y teorías) son la tipicidad, la antijuricidad y la culpabilidad[82].

La cuestión de las relaciones de este sistema con la ley penal se ha convertido recientemente en un problema cuya discusión no ha alcanzado todavía resultados que permitan esperar una cierta estabilidad más o menos inmediata en las respuestas. Los puntos en los que las opiniones divergen van desde la fecha de nacimiento del sistema hasta la función que realmente cumple, pasando por la paternidad del mismo.

104. — El problema hermenéutico del sistema puede resumirse de la siguiente manera:

¿Cómo se explica que se extraigan de él conclusiones que no están escritas en la legislación? Por ejemplo: ¿Cómo se explica que (ante el silencio del Código Penal español) no todas las causas que, según el art. 20 del Cód. Penal español excluyen la punibilidad tengan distintos efectos en el ámbito de la participación, del error y de la responsabilidad civil, según la categoría en la que se las clasifique?

Una primera respuesta posible es la del positivismo, tal como lo entendió von Liszt. La legitimidad científica del sistema orgánico sería consecuencia de su inducción del derecho positivo.

105. — Desde este punto de vista la construcción del sistema dogmático requería dos operaciones previas: la recolección del material normativo y el análisis exacto de las proposiciones. La construcción del sistema era —según von Liszt— la coronación de la tarea del jurista del derecho penal, pues "sólo el orden sistemático garantiza el dominio total de lo particular"[83]. El sistema no sería, en consecuencia, sino la culminación de una serie de abstracciones comenzadas al nivel de la base real del fenómeno del delito[84].

[82] Cfr. sin embargo, Viehweg, *Topik und Jurisprudenz*, 5ª ed., 1974; críticamente Núñez-Barbero, en *Homenaje a Antón Oneca*, 1982, p. 401.

[83] Liszt, *Strafrechtliche Vorträge und Aufsätze*, 1905, t. II, p. 215.

[84] Liszt, *Strafrechtliche Vorträge und Aufsätze*, 1905, t. II, p. 215.

Esta respuesta, que podríamos designar como inductiva, tiene una desventaja evidente: si el sistema presupone el conocimiento exacto de las proposiciones y de las correspondientes definiciones, carecerá de toda función cognoscitiva, no permitirá conocer mejor lo particular, pues lo particular conocido con exactitud es previo a la construcción del sistema. El sistema, en todo caso, solamente serviría a fines expositivos pero no cognoscitivos. Por lo demás, una observación detenida de los sistemas que se presentan como obtenidos de esta manera demuestra una considerable falta de fidelidad al método inductivo[85].

106. — La alternativa a esta posición parte del reconocimiento de que "las cuestiones del sistema jurídico penal no pueden desarrollarse, como cree el 'puro' positivista, exclusivamente de la ley"[86]. Implícitamente se reconocen al sistema funciones cognoscitivas del derecho positivo, en tanto mediante él es posible desarrollar el contenido de los textos legales y establecer su correcta interpretación. En este contexto una supuesta fundamentación en el método inductivo carece totalmente de capacidad para legitimar la función del sistema en la aplicación de la ley.

107. — En el estado actual de las investigaciones sobre el tema es posible presentar, por lo menos, tres vías para la legitimación hermenéutica de esta concepción del sistema.

En primer lugar podemos recurrir a la fundamentación "ontologicista" representada por Welzel.

Aquí no es posible desarrollar el problema del círculo hermenéutico que está implícito en el punto de vista de Welzel[87]. Pero sí es factible afirmar que de él se deduce que el sistema de la ley interpretada no puede ser sino el sistema de las estructuras previas de la ley misma, es decir, el del objeto regulado. En otras palabras: teoría de la acción y teoría del delito no se diferencian. Así lo decía Welzel ya en

[85] Bacigalupo, *Delito y punibilidad*, 1983, p. 27.

[86] Welzel, en "ZStW", 58 (1939), p. 491 y ss. (recogido en *Abhandlungen zum Strafrecht und zur Rechtsphilosopie*, 1975, p. 122).

[87] Heidegger, *Sein und Zeit*, 11ª ed., 1967, p. 148 y ss.; Gadamer, *Wahrheit und Methode*, 4ª ed., 1975, p. 250 y siguientes.

1939: "La teoría de la acción es la teoría del delito misma"[88]. Precisamente la comprensión de las estructuras ónticas previas a la ley misma sería lo que preservaría a la aplicación del derecho de la casualidad y la arbitrariedad[89].

108. — El punto de vista "ontologicista" está en la actualidad cuestionado inclusive dentro del círculo de los discípulos de Welzel[90].

La más significativa de las objeciones contra el ontologicismo de Welzel es la proveniente en los *'70* de parte de Roxin. La disputa metodológica entre Welzel y Roxin no pone en absoluto en tela de juicio la estructura de la comprensión hermenéutica. Lo que diferencia a Roxin de Welzel es que éste considera que no son las estructuras previas del objeto de regulación de las normas lo que legitima el sistema en la aplicación de la ley, sino la coincidencia de sus soluciones con determinados fines político-criminales, es decir, con los fines de la pena: en la medida en que el sistema garantice resultados conformes con la finalidad de la pena será el sistema de la ley. La pre-estructura de las normas no estaría dada por la acción sino por los fines de la pena[91].

109. — La otra alternativa de fundamentación hermenéutica del sistema dogmático del delito parte de la tradición del derecho natural racionalista. De acuerdo con ello sostiene Naucke que el sistema de la teoría del delito no es una teoría del contenido de un derecho vigente sino de un derecho que debe ser[92]. Este punto de vista afirma que el sistema dogmático del derecho no está compuesto por "conocimientos científicos" sino por "reglas razonables para la discusión de conflictos"[93]. La función de este sistema, por lo tanto, no será sino dar

[88] Welzel, en "ZStW", 58 (1939), p. 125.

[89] Welzel, *Das Deutsche Strafrecht*, 11ª ed., p. 1; cfr. también Gadamer, *Wahrheit und Methode*, 4ª ed., 1975, p. 250 y siguientes.

[90] Cfr. Stratenwerth, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 3ª ed., 1981; Zielinski, *Handungs und Erfolgsunwert im Unrechtsbegriff*, 1973, p. 80 y ss.; Jakobs, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 1983, prólogo V.

[91] Welzel, *Das Deutsche Strafrecht*, 11ª ed., p. 1; cfr. Gadamer, *Wahrheit und Methode*, 4ª ed., 1975, p. 250.

[92] Naucke, *Grundlinien einer rechtsstaatlich-praktischen allgemeinen*, 1979, p. 14, nota 6.

[93] Naucke, *Grundlinien einer rechtsstaatlich-praktischen allgemeinen*, p. 21.

al proceso práctico de aplicación de la ley un orden racional. "La teoría general del delito prescribe a la ley, cuya aplicación está en juego, un programa al que ésta debe adaptarse. La teoría general del delito tiene la pretensión de lograr un más alto grado de razonabilidad mediante la adaptación del contenido de la ley a ella"[94]. La legitimación científica de esta concepción del sistema provendría de su mayor racionalidad frente a la ley.

110. — Por último, en el más moderno pensamiento penal tiende a imponerse un punto del funcionalismo, que parte de "la función del derecho penal y no de la esencia (o de la estructura) de los objetos de la dogmática jurídico penal y que conduce a una renormativización de los conceptos"[95]. "Estos conceptos no dan al derecho penal un modelo de reglas, sino que emergen en el contexto de las regulaciones jurídico-penales".

Desde este punto de vista "la suposición de que el concepto se tiene que referir a un sustrato prejurídico homogéneo (causación, querer, conocimiento, etcétera) aparece como un mal entendido (naturalista)". Esta orientación es consecuencia de la crisis de la dogmática penal basada en la filosofía del sujeto como unidad autoconsciente y su reemplazo por otra que parte de los procesos comunicativos como base de la explicación de la sociedad[96].

Es difícil hacer hoy predicciones referentes a cuál será el punto en que se alcanzará una cierta estabilización.

— § 7 —

LOS CONOCIMIENTOS EMPIRICOS SOBRE LA CRIMINALIDAD Y LA CRIMINALIZACION

111. — La problemática de las relaciones entre el derecho penal y la criminología requiere un tratamiento diverso según el punto de vista criminológico de que se parta.

94 Naucke, *Grundlinien einer rechtsstaatlich-praktischen allgemeinen*, p. 14, nota 6.

95 Jakobs, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 1983, VII.

96 Ladeur, *Postmoderne Rechtstheorie*, 2ª ed., 1995, p. 9 y siguientes.

a — El derecho penal y la criminología orientada al autor del delito

112. — La criminología tradicional es una ciencia que procura una explicación causal del delito como la obra de un autor determinado. Por supuesto, existen diferencias de matices en el tratamiento y las soluciones propuestas, pero a todas ellas es común el punto de vista que se acaba de reseñar[97].

113. — La creencia en la posibilidad empírica de explicar las causas del delito, ya sea por la configuración antropológica o biológica del autor o por el medio social en que vivía, generó un cambio en la concepción teórica fundamental del derecho penal de fines del siglo pasado: la pena no debía dirigirse entonces a reprimir justamente un hecho, sino a impedir que su autor reincidiera en el delito. Desde este punto de vista, el derecho penal podía aprovechar los resultados de las investigaciones criminológicas para, mediante sus instrumentos (la pena y las medidas), remover las causas que habían llevado al delincuente al delito, obrando sobre su peculiar personalidad para que no reincidiera.

114. — La coincidencia del interés del derecho penal, orientado a la prevención especial, con el de la criminología, preocupada por la explicación causal del delito, resultaba evidente. ¿Qué conclusiones debían extraerse de esta situación con respecto a las relaciones entre ambas ciencias? En la época del positivismo se dieron dos respuestas a esta pregunta.

115. — Para algunos autores, la articulación del derecho penal y la criminología en lo que se llamó la *gesamte Strafrechtswissenschaft* (ciencia total de derecho penal), según la denominación que le dio von Liszt, no debía modificar la tradicional separación de la explicación jurídica y normativa del derecho y la empírico-causal de la criminología[98]. La justificación de una ciencia total del derecho penal

[97] Cfr. Mannheim, *Pioneers in criminology*, 1960.
[98] Liszt, *Strafrechtliche Vorträge und Aufsätze*, 1905, t. II, p. 78.

residiría en la considerable modificación de la función del jurista del derecho penal, que no se agotaría en la dogmática clásica, es decir, en la elaboración sistemática de los conceptos que sirven a la aplicación del derecho, sino que debería asumir también el papel de impulsor y proyectista de la reforma del derecho penal.

No se trata, por lo tanto, de una integración metodológica, sino de una simple reunión funcional vinculada con el rol social asignado al jurista del derecho penal.

Esto no significa que los conceptos jurídico-penales no hayan sufrido considerables cambios. Pero estos cambios no son producto de las investigaciones criminológicas, sino de la vinculación de los conceptos con los puntos de vista de la teoría de la prevención especial[99].

116. — Frente a esta forma de "integración", Enrico Ferri propuso una concepción de la misma totalmente opuesta[100]. En este sentido sostenía Ferri que "cuando se admite, como no puede ser de otra manera, que los fenómenos jurídicos no son sino fenómenos sociales, porque derecho y sociedad son términos inseparables y equivalentes, se hace evidente de inmediato la artificialidad de aquella separación entre una ciencia que estudia el delito como fenómeno jurídico y otra que lo estudia como fenómeno social"... por lo que "es absurda la pretensión de separar el estudio del aspecto material y social del aspecto jurídico".

Por eso Enrico Ferri entendió que el derecho penal se puede estudiar "con el método inductivo, de observación de los hechos"[101]. Una verificación de esta idea metodológica en los trabajos jurídicos de Ferri da lugar a sospechar muy fundadamente que éste utilizó falsamente la noción de método inductivo[102]. Los principios de la construcción de los conceptos jurídicos de Ferri son, como ya se vio en referencia a von Liszt, consecuencia de su orientación preventivo-especial, que no se puede obtener únicamente de la observación de los hechos y de la comprobación de su repetición.

99 Bacigalupo, en "Nuevo Foro Penal" (Colombia), 1982, p. 396.
100 Ferri, *Sociologia criminale*, 3ª ed., 1892, p. 771.
101 Ferri, *Principii di diritto criminale*, 1928, p. 75.
102 Bacigalupo, en "Nuevo Foro Penal" (Colombia), 1982, p. 402.

b — El derecho penal y la moderna sociología criminal[103]

117. — En la actualidad, la criminología atraviesa una transformación significativa. La criminología "nueva" o "crítica" ha abandonado el punto de partida causal-explicativo y ha puesto en el centro de su atención la reacción social y jurídico-penal contra el hecho. El objeto primario de la investigación criminológica no es, por lo tanto, el comportamiento del autor, sino el de los órganos de control social. Sus teorías no son teorías de la criminalidad, sino de la criminalización[104]. En el marco del positivismo de von Liszt y Ferri, derecho penal y criminología eran disciplinas que tenían un mismo interés de conocimiento. En la actualidad, los conceptos de la dogmática penal son parte del objeto de estudio constituido por la reacción social al delito. Una concepción de la integración a nivel metodológico carece, por lo tanto, de sentido: una dogmática penal orientada a la prevención especial y que, en consecuencia, da mayor relevancia al autor que al hecho, podía plantearse la absorción de los conocimientos de una criminología cuyo objeto de estudio es el autor. Pero esto ya no es posible cuando el autor deja de ser objeto de la criminología en el sentido de la criminología clásica.

118. — Las relaciones entre derecho penal y criminología ya no pueden entenderse según los modelos que proponían von Liszt y Ferri. Si, en consecuencia, se renuncia a la idea de integración o unidad propia del positivismo, parece necesario partir del distinto interés que orienta ambos conocimientos. La dogmática penal, o simplemente, el derecho penal, dirige su interés a la aplicación del derecho, garantizando ciertos principios que dan legitimidad a la misma, y para ello elabora los conceptos que son necesarios para cumplir esa función: el derecho o la dogmática penal son un intento de racionalizar, en función de ciertos principios, la reacción social formal al delito. Por lo tanto, las relaciones entre la nueva criminología y el derecho

[103] Ver por todos García-Pablos de Molina, *Criminología*, 3ª ed., 1996, p. 182 y siguientes.

[104] Sack, *Handbuch der empirischen Forschung*, comp. por König, René, 1969, p. 961 y ss.; Aníyar de Castro, *Criminología de la reacción social*, 1977.

penal sólo pueden ser fragmentarias[105]. Fundamentalmente, el estudio sociológico de la aplicación del derecho penal puede servir para poner de manifiesto las desviaciones de la práctica de la aplicación del derecho penal respecto de los principios legitimantes de ésta. En realidad, más que incorporar a la dogmática la crítica del derecho vigente[106] y la proyección del derecho futuro, se trata de la crítica de los conceptos dogmáticos en base a los que se aplica el derecho vigente: éste sería el punto de confluencia de dogmática penal y criminología. La transformación del derecho penal vigente no es objetivo de la dogmática penal y, en consecuencia, no tiene cabida en la discusión de las relaciones entre derecho penal y criminología.

—§ 8—

LA REFORMA DEL DERECHO PENAL Y LA POLITICA CRIMINAL

119. — La importancia dada a fines del siglo pasado a los resultados provenientes de las investigaciones sociológicas y antropológicas por la Escuela Positiva (Ferri, Garófalo, en Italia), la Escuela Sociológica o Moderna (von Liszt, en Alemania) y, aunque sólo en parte, por la Escuela Correccionalista (Dorado Montero, Jiménez de Asúa, Bernaldo de Quirós) convirtió a la reforma del derecho penal en una ocupación legítima de los juristas del derecho penal. De esta manera la ciencia del derecho penal en la concepción de los positivistas asumía una nueva tarea, lo que, expresado en lenguaje metodológico, quiere decir que ampliaba su objeto. La política criminal que debía inspirar la reforma adquiría, por lo tanto, carácter de ciencia autónoma dentro de la ciencia total del derecho penal: "La ciencia del derecho penal debe ser —decía von Liszt—[107] la maestra del legislador penal, su consejera cuidadosa y conductora en la lucha contra el delito".

120. — Sin embargo, a pesar de la orientación de la política criminal a la reforma del derecho vigente, se vio que era posible plantear

[105] Bacigalupo, en "Nuevo Foro Penal" (Colombia), 1982, p. 408.

[106] Baratta, en *La questione criminale*, t. 2, p. 170; ídem, en "ZStW", 92, 1980, p. 107 y siguientes.

[107] Liszt, *Strafrechtliche Vorträge und Aufsätze*, 1905, t. II, p. 293.

también la cuestión de las posibilidades de incidir en la aplicación del derecho penal vigente a través de una concepción de la política criminal. En gran medida esto despertó el temor de los autores con puntos de vista más conservadores por la eventual desaparición del derecho penal[108]: "¿Qué queda del derecho penal?" fue la pregunta dirigida insistentemente y con preocupación a von Liszt[109], acompañada en oportunidades de "una advertencia respecto de la dirección moderna del derecho", como se puede ver en el subtítulo del opúsculo citado de Birkmeyer.

121. — La cuestión planteada de las relaciones entre la aplicación del derecho penal vigente y los postulados de la política criminal se expresa, en otras palabras, en el conjunto de problemas que también se conoce bajo la rúbrica de "relaciones entre dogmática y política criminal"[110]. El tema ha merecido diversas soluciones que se analizan a continuación.

a — Política criminal y dogmática penal en el marco del positivismo

122. — Para von Liszt la política criminal era "la idea fundamental de los principios sobre la lucha contra el delito en la persona del delincuente llevada a cabo mediante la pena y medidas análogas"[111].

De esta manera, surgió la problemática de las relaciones de la aplicación del derecho penal vigente con los postulados político-criminales (dirigidos a su reforma), lo que dio lugar a una cuestión que se intentó resolver dentro del marco de la estricta separación de política y derecho, que en su tiempo ya proclamaba la teoría jurídica. La política criminal se debía apoyar necesariamente —tal como lo concebía von Liszt— en las ciencias del ser, es decir, de la "realidad"; por el contrario, la ciencia del derecho penal se debía ocupar de cuestio-

108 Cfr. Birkmeyer, *Was Lässt von Liszt vom Strafrecht übrig?*, 1907.

109 Cfr. sus respuestas en *Strafrechtliche Vorträge und Aufsätze*, 1905, t. II, ps. 25 y ss. y 75 y siguientes.

110 Bacigalupo, en "Révue Internationale de Droit Pénal", 1978-I-15 y siguientes.

111 Liszt, *Strafrechtliche Vorträge und Aufsätze*, 1905, t. II, p. 68.

nes del deber-ser; si la diferencia básica de ambas formas de pensamiento hace aparecer "al ser y al deber-ser como dos mundos separados"[112], una introducción de la política criminal en la ciencia del derecho penal era totalmente impropia. Los que se mantuvieron firmemente en este punto de vista se redujeron a un formalismo cuyos fundamentos son más que dudosos[113].

123. — Por el contrario, von Liszt distinguió —a los fines que aquí nos importan, es decir, con relación a las vinculaciones entre la política criminal y la aplicación del derecho penal— dos momentos diferentes: según se trate de la realización del principio *nullum "crimen" sine lege* o de su otro aspecto: *nulla "poena" sine lege*. El primero se refería a la comprobación de la comisión de un hecho coincidente con el presupuesto de hecho de un delito descrito en la ley: "un acto judicial exclusivamente resultante de la aplicación de principios jurídicos"[114]. Aquí "la política criminal no tiene nada que hacer"[115]. El segundo aspecto de la máxima fundamental, sin embargo, se refería a la determinación de la pena dentro de los marcos legales y a la selección (cuando ello está previsto en la ley) de la especie de pena aplicable. Para los partidarios de la "pena finalista" *(Zweckstrafe)* la decisión judicial en este sentido se apoyaría en "consideraciones político-criminales"[116] (lo que, en verdad, en el lenguaje de von Liszt quería decir "preventivo-especiales"). De esta manera se establecía una relación, al menos parcial, entre la aplicación del derecho penal y la política criminal.

b — Puntos de vista superadores del marco positivista

124. — En la actualidad la aplicación del derecho penal, o sea, la perspectiva en la que trabaja la dogmática penal, tiende a romper el

[112] Kelsen, *Über Grenzen zwischen juristischer und soziologischer Methode*, p. 6.

[113] Rocco, *Opere giuridiche. Scritti giuridici varii*, 1933, t. III, p. 263 y ss., especialmente ps. 273 y 274.

[114] Rocco, *Opere giuridiche. Scritti giuridici varii*, 1933, t. III, p. 69.

[115] Rocco, *Opere giuridiche. Scritti giuridici varii*, 1933, t. III, p. 69.

[116] Rocco, *Opere giuridiche. Scritti giuridici varii*, 1933, t. III, p. 70.

aislamiento de la ciencia jurídica respecto de lo político y social[117]. Ello es posible en la medida en que se reconoce que los puntos de partida para el conocimiento del derecho penal vigente requieren decisiones y se procura racionalizarlos en la medida de lo posible[118].

125. — Los postulados de la política criminal sirven entonces de criterios de decisión respecto de los sistemas dogmáticos para la aplicación del derecho penal. Los problemas teóricos implicados en la nueva delimitación de lo jurídico no han sido todavía agotados ni mucho menos. De todos modos es posible afirmar que los puntos de vista político-criminales impregnan fuertemente la construcción del sistema de conceptos de la dogmática penal y que, por lo tanto, cada programa de política criminal tiene su sistema dogmático que funciona como instrumento adecuado para su realización. La idea de von Liszt, según la cual el sistema de conceptos de la dogmática no debía ser afectado por la política criminal, parte de la base falsa de que los sistemas tradicionales no contenían implícitamente decisiones político-criminales[119].

C — Esquema histórico de los fundamentos de las legislaciones penales modernas

126. — El estudio de la historia del derecho penal español no se debe limitar, como es habitual, a exponer una mera descripción externa sucesiva de las leyes que han regido en la que hemos llamado época moderna. La evolución de nuestro derecho penal codificado se desarrolla en un contexto histórico europeo del que ha formado y forma parte, y no puede ser entendido como un fenómeno cultural aislado

[117] Roxin, *Kriminalpolitik und Strafrechtssystem*, 1970, p. 7 y ss.; Mir Puig, *Introducción a las bases del derecho penal*, 1976, p. 299 y siguientes.

[118] Bacigalupo, *I dogmi della dogmatica penale*, en "Dei delitti e delle pene", nº 2, 1983; ídem, *Delito y punibilidad*, 1983, ps. 13 a 86.

[119] Bacigalupo, en "Révue Internationale de Droit Pénal", 1978-I-15.

de los movimientos intelectuales europeos que está en la base de las reformas penales de los últimos siglos. Los puntos de vista de la ciencia que se ha elaborado sobre los derechos positivos deben tomarse también en consideración, porque han sido configuradores de la práctica social del derecho penal vigente. Con esto no se quiere decir que la historia del derecho penal se deba reducir a una "historia de las ideas penales"; ello sería un enfoque igualmente falso y unilateral de la cuestión en estudio. Lo que aquí se propone es una historia que considere a la vez de la historia de las leyes y de las ideas que sirvieron para su creación y aplicación. Las ideas que fueron la base de la creación de la ley penal y aquellas que sirvieron de base a la aplicación de la misma suelen no ser idénticas, sobre todo, cuando se trata de leyes que han tenido una muy larga duración; por ejemplo: el Código Penal español de 1848-1850, el Código Penal austriaco de 1803 o el Código Penal alemán de 1871, en Europa; el Código Penal boliviano de 1834 y el argentino de 1921, en América Latina. Estos códigos fueron inspirados por conceptos que a lo largo de su aplicación fueron reemplazados por otros que, a su vez, configuraron una práctica del derecho penal de características diversas en sus distintas épocas de vigencia.

127. — Tampoco se quiere presentar aquí la situación actual del derecho penal como un momento dominado por la "lucha de escuelas". Esa situación no existe desde la terminación de la Primera Guerra Mundial y la llamada "lucha de escuelas" no fue sino una polémica sobre los principios legitimantes de la pena. Su exposición, por lo tanto, se confunde con la explicación de las "teorías" de la pena[120].

128. — La legislación penal de nuestros días corresponde a la idea legislativa que inspiró la codificación del derecho penal con posterioridad a la Revolución Francesa de 1789. Concretamente se puede decir que el derecho penal moderno está edificado sobre la herencia del Iluminismo o la Ilustración y se presenta en la actualidad como la condensación de diferentes corrientes intelectuales de signos opuestos que se han ido superponiendo a lo largo de su desarrollo.

120 Cfr. *supra*, Cap. I, § 1.

—§ 9—

LA TRADICION DEL ILUMINISMO: LAS IDEAS DE SEGURIDAD Y HUMANIDAD

129. — Las codificaciones penales del siglo XIX siguieron básicamente el modelo del *Code Pénal* francés de 1810, que marca (simbólicamente) el momento de la superación de la tradición penal medieval, representada en España por la *Novísima Recopilación*, los *Fueros* y las *Partidas*.

130. — Los soportes ideológicos del derecho penal codificado desde principios del siglo XIX constituyen una redefinición de las relaciones entre los individuos y el Estado. Se puede afirmar que la base del sistema legal está dada por:

1. El principio *nullum crimen, nulla poena sine lege*.
2. La fundamentación racional de la pena, de donde se dedujo la necesidad de proporcionalidad de la misma con la gravedad del hecho cometido.
3. La concepción del delito como algo diferente del pecado y, consecuentemente, un tratamiento diverso de los delitos contra la religión y contra la moral y las buenas costumbres.
4. la humanización de las penas bajo la preponderancia de la pena privativa de la libertad[121].

131. — Los autores que formularon los principios fundamentales del derecho penal moderno[122] tienen una preocupación común por la superación de la arbitrariedad reinante en la práctica penal y por la crueldad de las penas que se aplicaban (aunque muchas penas crueles ya habían caído en desuso). En la legislación española la idea de seguridad se manifiesta sobre todo en la minuciosa regulación de la individualización de la pena con miras a una reducción del arbitrio

[121] Hippel, *Deutsches Strafrecht*, 1925, t. I, p. 286 y siguientes.

[122] Beccaria, *Dei delitti e delle pene*, 1764, t. III; Feuerbach, *Revision der Grudsätze und Grundbergriffe des positiven peinlichen Rechts*, 1799, t. I; en España, Lardizabal, *Discurso sobre las penas*, 1782.

judicial al mínimo posible, que puede verse tanto en el Código de 1822 como en el de 1848 y que ha llegado hasta nuestros días.

132. — La realización técnico-legislativa de la idea de seguridad se concretó mediante la preponderancia de los aspectos exteriores del hecho (por ejemplo, condicionar las penas al tiempo de duración de las lesiones o al valor en dinero de las cosas hurtadas o robadas, en la legislación española) y la máxima reducción del arbitrio judicial en las penas (caso extremo: el Código francés de 1791, que contenía penas fijas; estas penas se mantienen a veces hasta nuestros días, por lo menos para algunos delitos: art. 80 del Cód. Penal argentino de 1921, respecto del asesinato). La idea de humanización no pudo impedir, de todos modos, que se mantuviera la pena de muerte, que el Código Penal francés de 1810 preveía frecuentemente. Pero, por lo demás, la pena privativa de libertad, configurada como reclusión o como prisión, fue el núcleo central del sistema penal de aquellos tiempos. Los efectos infamantes de la reclusión y el grado extremo de aislamiento que solía implicar dejaban también mucho que desear respecto de la humanización del derecho penal, aunque constituían un progreso en relación con el derecho penal anterior.

— § 10 —

LA INFLUENCIA DEL IDEALISMO ALEMAN: MORALIDAD Y TALION

133. — Sobre la base de la tradición iluminista se asienta a mediados del siglo XIX la influencia del idealismo alemán. El punto de vista central de esta corriente es la teoría retributiva de la pena que (apoyada en la idea del talión) procura establecer la medida justa de la pena y, con ello, el límite de la legitimidad de la misma[123].

La pena debía despojarse, por lo tanto, de toda finalidad preventiva o correccional[124]. Moralidad y penalidad limitada por la idea del talión constituyen los elementos fundamentales de la influencia del idealismo alemán.

123 Kant, *Die Methaphysik der Sitten*, 1797, parte II, I, E.
124 Hegel, *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, § 82 y siguientes.

134. — La circunstancia de que la ley penal según Kant[125] sea un imperativo categórico y que ésta sea la forma correspondiente a la moral[126] presuponía una fundamentación también moral del derecho penal. También Hegel trató el delito dentro del "sistema de la moral"[127].

Sin embargo, no todos los idealistas alemanes profesaron una concepción retributiva o absoluta de la pena. J.G. Fichte, por ejemplo, tendía a la prevención general[128]. Esta línea de pensamiento se percibe más tarde en Krause, Ahrens y Röder, cuya influencia en España a través de los krausistas fue de singular importancia[129]. Karl Christian Friedrich Krause[130] concibió la pena como un medio educativo y, por ello, sostuvo que no había derecho a aplicar un mal sólo para producir un dolor; el valor del individuo era el punto de partida de esta concepción. También Ahrens[131] siguió este punto de vista, que Röder[132] desarrolló en lo que puede llamarse la "función tutelar de la pena". De aquí surgen los principios que más tarde configuraron en España la Escuela Correccionalista, cuyo principal representante fue Pedro Dorado Montero[133]. De todos modos, la base ética del derecho penal y el significado correspondiente de la libertad de voluntad fueron tan subrayados por el Idealismo alemán que la idea de culpabilidad —poco grata a los iluministas— adquirió un papel relevante entre los presupuestos de la pena y en la determinación judicial de la misma, que hasta hoy no ha perdido.

Aunque esta evolución haya sido obra de los juristas que aplicaban el derecho penal y encuentre pocos puntos de apoyo positivos, su

125 Kant, *Die Methaphysik der Sitten*, 1797, parte II, I, E.

126 Kant, *Grundlegung zur Methaphysik der sitten*, 1785, citado según Reclam-Universal-Bibliothek, nº 4507 (2), p. 62.

127 Hegel, *System der Sittlichkeit*, ed. Georg Lasson, p. 38 y siguientes.

128 Fichte, *Das System der Rechtslehre*, 1812, publicado en 1834 (citado según *Ausgewählte politische Schriften*, ed. Batscha y Saage, 1977, p. 320).

129 Bacigalupo, *Strafrechtsreform und Rechtsvergleichung*, ed. por Lütger, 1978, p. 115 y siguientes.

130 Krause, *Das System der Rechtsphilosophie*, ed. por Karl Röder, 1874.

131 Ahrens, *Naturrecht oder Rechtsphilosophie*, 6ª ed., 1871, t. II, p. 448.

132 Cfr. Röder, *Zur Rechtsbgründung der Besserungstrafe*, 1846.

133 Jiménez de Asúa, *Tratado de derecho penal. Parte general*, 3ª ed., 1964, t. I, nº 542.

fuerza no puede desconocerse, pues se ha hecho tan patente como si perteneciera al derecho escrito.

135. — La significación práctica de la idea de culpabilidad se manifestó ante todo en la importancia que adquirió, en la imputación de un hecho punible, el elemento interno del comportamiento. El Código Penal español de 1848 lo presumía (art. 1) hasta la Reforma de 1983, invirtiendo de esa manera la carga de la prueba en contra del acusado. Otros códigos (por ejemplo, el alemán de 1871, § 59) lo regularon indirectamente a través de disposiciones referentes al error sobre los elementos del tipo o supuesto de hecho. Este elemento interno se extendió en la teoría, aunque no siempre, del mero conocimiento de los hechos a la exigencia del conocimiento del derecho[134]. En la práctica de los tribunales hubo, sin embargo, una considerable resistencia a aceptar que el conocimiento del derecho (al que las leyes penales no se referían expresamente) pudiera condicionar la imputación (subjetiva) del hecho cometido.

136. — En lo que concierne a la determinación de la pena, la correspondencia de ésta con la gravedad de la culpabilidad dentro del marco penal establecido por la ley quedó librada a la intuición judicial. Los códigos establecieron pocas (por ejemplo, el Código Penal austriaco, 1803-1852, § 32) o ninguna pauta (así, por ejemplo, el Código alemán de 1871) al respecto. La cuestión de la medida de la pena adecuada a la culpabilidad no sufría, en principio, limitaciones de importancia cuando se exigía —como lo hacía el Código austriaco— una consideración de la personalidad del autor, dado que el fundamento ético del derecho penal podía concebirse en relación con la reprochabilidad del hecho cometido —como pensaba Kant—, o en relación con el carácter reprochable del autor (como entendía la ética de Schopenhauer)[135]. En todo caso, al entenderse la determinación de la pena como un acto de intuición judicial se creyó que la decisión sobre la pena no contenía una "infracción de ley" (arts. 849.1°, *LEC*) que pudiera fundamentar un recurso de casación.

134 Binding, *Die Normen und ihre Übertretung*, t. III, p. 147.
135 Cfr. Schopenhauer, *Über die Grundlagen der Moral*, 1840.

—§ 11—

La influencia del positivismo: utilidad social y penalidad

137. — Desde mediados del siglo XIX las concepciones del Idealismo alemán, conocidas como el conjunto de ideas penales de la Escuela Clásica, fueron cuestionadas por una de las más influyentes corrientes del pensamiento moderno: el positivismo. Los positivistas pusieron en duda ante todo el punto de partida del Idealismo: la libertad de la voluntad. Consecuencia de este cuestionamiento es la nueva fundamentación de la pena sobre bases deterministas y la propuesta de la reforma del derecho penal vigente.

138. — El programa de reforma del derecho penal vigente fue concebido como un programa internacional auspiciado por la Asociación Internacional de Criminalistas (IKV), que elaboró un catálogo de reformas que daba contenido a las reformas nacionales. Estas modificaciones no tenían la pretensión de cambiar la función de la ley penal del derecho penal vigente, sino que, por el contrario, reforzaron el significado de ésta como "carta magna del delincuente", es decir, subrayaron la importancia del principio de legalidad.

139. — Las transformaciones que se impulsaban adscribieron a la pena una finalidad (von Liszt), es decir, un carácter "utilitario", por oposición a la concepción dominante de los "clásicos". Con ello se quería señalar que la pena debía ser proporcionada, no únicamente a la gravedad del delito (del hecho), sino a la *peligrosidad del autor*. Así, podían fundamentarse por lo menos tres instituciones que eran desconocidas en el siglo XIX: la *condena condicional* para las penas cortas privativas de libertad de delincuentes primarios; la *libertad condicional,* que autorizaba la suspensión del cumplimiento de la pena privativa de libertad cuando, luego de la ejecución de un mínimo, por lo general de dos tercios, el autor demostrara que se había alcanzado el fin perseguido por la ejecución; la *reclusión indeterminada para los multirreincidentes* y (cuando esto no estaba ya previsto en el derecho vigente) el aumento de pena al reincidente. Como se vio[136], to-

[136] Cfr. *supra*, Cap. I, § 1, *b*.

das estas instituciones estaban referidas a las distintas especies de delincuentes.

140. — La condena condicional y la libertad condicional fueron absorbidas por los derechos positivos prácticamente en forma unánime a lo largo de la primera mitad de este siglo en España desde la ley del 17/3/1908 sobre condena condicional (aunque como antecedente de la libertad condicional suele invocarse el Código español de 1822)[137]. Lo mismo ocurrió en algunas legislaciones con la reclusión indeterminada para los multirreincidentes (art. 52, Cód. Penal argentino) y con la agravación de la pena para los reincidentes que en España tuvo especial acogida en el Código de 1928 (arts. 70, 71, 90.7ª y 157), que previó para estos casos el internamiento por tiempo indeterminado como medida de seguridad.

Cabe hacer notar que, fuera de la libertad condicional y de la condena condicional, el derecho penal español no tenía grandes dificultades teóricas para admitir el resto del programa de reformas, ya que muchos estaban aceptadas en los códigos más antiguos —internación de inimputables; aumento de pena por la reincidencia—, como el de 1822 (confr. arts. 24, 116 y siguientes).

141. — Del programa de reformas quedó sin aceptación la institución de la pena indeterminada[138], que se consideró, en general, contraria al principio de legalidad.

En su realización práctica, el programa de reformas del positivismo siguió un camino intermedio introduciendo, mediante un *sistema dualista o de "doble vía"*[139], junto a las penas las medidas de seguridad (sobre todo las destinadas a los inimputables).

142. — En España se interpretó el sistema de "doble vía" en un sentido muy amplio. Junto al Código Penal, dirigido a la peligrosidad revelada por el delito, se sancionó también un Código preventivo[140]

137 Jiménez de Asúa, *Códigos penales iberoamericanos*, t. I, p. 387.

138 Jiménez de Asúa, *La sentencia indeterminada*, 1913; 2ª ed., 1947.

139 Cfr. *supra*, Cap. I, § 3, aps. *b* y *c*.

140 Cfr. Jiménez de Asúa, *Tratado de derecho penal. Parte general*, t. II, nros. 565 y 566.

con la finalidad de prevenir la comisión de delitos por sujetos considerados peligrosos ("Ley de Vagos y Maleantes" del 4/8/33, reemplazada por la ley 16/1970 del 4 de agosto, sobre "Peligrosidad y Rehabilitación Social"). La constitucionalidad de este puro derecho penal de autor ofrecía serios reparos[141] y fue derogada por la *LO* 10/95.

143. — Las concepciones penales del positivismo no sólo se concretaron en reformas del derecho penal vigente, sino que influyeron considerablemente en la práctica. La legislación vigente pudo ser interpretada desde el punto de vista de las concepciones preventivo-especiales. Ello introdujo los problemas del tipo de autor y de su peligrosidad dentro del concepto de culpabilidad y, correlativamente, en la individualización judicial de la pena. Expresión de esta tendencia fue la regla 4ª del art. 61 introducida en el Código de 1944, según la cual cuando no concurrieran circunstancias agravantes ni atenuantes la pena se debía graduar según la gravedad del hecho y la *personalidad del autor.*

— § 12 —

LOS RECIENTES MOVIMIENTOS DE REFORMA: RESOCIALIZACION Y DIGNIDAD DE LA PERSONA

144. — Los movimientos de reforma modernos comienzan en la década de los *'60* y se desarrollan en ella. Su punto de partida es una crítica de la política criminal del positivismo, muchas de cuyas propuestas se juzgaron contrarias a la dignidad humana. Este valor permitió dar nuevamente significación a la idea de culpabilidad, que pasó a constituirse en el límite de la intervención penal del Estado (sea que se considere a la culpabilidad el fundamento o sólo un límite exterior de prevención). Los habituales y reincidentes deberían ser sometidos a medidas de seguridad consistentes en un verdadero tratamiento. La idea de los institutos de terapia social concretó la concepción de una idea preventivo-especial en la que la base de la ejecución penal debe ser básicamente terapéutica. El acento de la refor-

[141] Cfr. *supra*, Cap. I, § 3, aps. *b* y *c*.

ma penal se puso en el *fin resocializador de la pena,* que en 1978 fue incorporado a la Constitución española en su art. 252, aunque sin mayores consecuencias prácticas.

145. — Este programa de reformas se concretó en el Proyecto Alternativo de Código Penal alemán (1966) y fue inspirador de la reforma penal alemana de 1969, que entró en vigor el 1/1/75. En la misma fecha entró en vigor el nuevo Código Penal austriaco. Ambos códigos son sin duda más conservadores que el Proyecto Alternativo.

146. — En América Latina el Proyecto de Código Penal Tipo constituye, por el contrario, un modelo anticuado. Comenzó a redactarse en noviembre de 1963 con las buenas intenciones que se expresan en la Declaración de Principios Fundamentales y se publicó su Parte General en 1971. No es un modelo de reformas, pues, en realidad, deja inalterado el sistema penal. En todo caso pretende tener una mejor calidad técnica en los conceptos jurídicos que define, cosa que casi nunca logra.

147. — Las nuevas legislaciones latinoamericanas (Colombia, Costa Rica, Bolivia, El Salvador) no introducen una verdadera reforma penal, sino que, como el Código Penal Tipo, codifican una serie de conceptos elaborados sobre las leyes anteriores y que no siempre son teóricamente correctos.

148. — Las reformas legislativas de los años *'60* y comienzos de los *'70* se han caracterizado por una considerable liberalización, que se manifestó en el ámbito de los delitos sexuales (por ejemplo, la despenalización de la homosexualidad en Alemania, la reforma del derecho vigente en España a partir de 1978) y en las diversas tendencias a flexibilizar la legislación penal sobre el aborto.

149. — Asimismo, se ha puesto de manifiesto una fuerte tendencia racionalizadora del fenómeno penal, que en primer lugar reserva el derecho penal a los casos en que el conflicto social no tiene posibilidades de ser resuelto por otros medios de política social (el derecho penal como *ultima ratio* de la política social). Dentro de este marco, se inserta también la *despenalización* de hechos de poca trascenden-

cia social (como los hurtos en supermercados) para reemplazar la represión penal por formas más eficaces, menos costosas y de menos consecuencias desocializadoras que las del derecho penal.

150. — Paralelamente se observa un proceso de *penalización* de ciertas formas de comportamiento socialmente muy dañosas que hasta ahora habían permanecido fuera del derecho penal, como la delincuencia económica. De esta manera, la legislación penal tiende —aunque no siempre lo logre—a una mejor realización de la garantía constitucional de la igualdad ante la ley.

151. — En materia de penas cabe señalar en esta época la unificación de las penas privativas de libertad en una única especie despojada de los elementos desocializadores de la pena de reclusión (sobre todo la inhabilitación subsiguiente a la ejecución de la privación de libertad). Al mismo tiempo se observa una tendencia a incrementar los sustitutivos de la pena privativa de libertad mediante una extensión de la condena condicional y nuevas formas de impedir la ejecución, como la "advertencia con reserva de pena", el "arresto de fin de semana" o el "servicio comunitario" *(community service)*. Todo ello se complementa con una reducción del tiempo de ejecución para la obtención de la libertad condicional. La tendencia a sustituir la pena privativa de libertad ha sido compensada con un significativo incremento de la pena de multa[142], que en gran número de delitos se presenta como una pena alternativa a la privativa de libertad.

— § 13 —

LA REFORMA DE LA REFORMA: EL TEMOR A LA LIBERALIZACION DEL DERECHO PENAL

152. — Desde la segunda mitad de los años *'70* se percibe una tendencia a limitar los efectos de la liberalización del derecho penal que se propuso a mediados de la década anterior. El temor al delito y el

[142] Para su incremento en la práctica alemana, por ejemplo, cfr. Jescheck, *Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil*, 3ª ed., 1978, p. 26.

sentimiento de inseguridad se convirtieron en un tema político general, explotado sobre todo por los movimientos conservadores y el llamado movimiento por "la ley y el orden". Ciertas circunstancias objetivas, como la desocupación laboral y el terrorismo, sirven de base para el desarrollo de esta tendencia. Se trata de una situación que se manifiesta no sólo en una reforma del derecho penal material sino también en el campo del proceso penal.

153. — Cabe señalar también que la corriente de reformas fundada en la ideología de la resocialización ha sido también atacada desde otros puntos de vista por quienes sostienen que no es legítima la resocialización, o que es imposible mediante la ejecución penal. Este ataque tiene un signo político totalmente diverso al anterior. Su debilidad reside en que subestima las posibilidades de una reforma social y sobreestima las perspectivas de las revoluciones sociales.

154. — La reforma del Código Penal francés (1992) y del Código Penal español (1995) no ofrecen nuevas orientaciones político-criminales, a pesar de incorporar novedades relativas al desarrollo que respectivamente habían alcanzado las legislaciones penales de estos Estados.

— § 14 —

El derecho penal en la Unión Europea

155. — La Comunidad Económica Europea (CEE) fundada en 1957 tuvo en sus inicios la pretensión de no incidir en el ámbito legislativo penal. El derecho penal, por lo tanto, quedaba reservado a los Estados miembros. Sin embargo, a mediados de los años *'70* comenzó a comprobarse la existencia de bienes jurídicos comunitarios, por lo tanto, supranacionales, difícilmente protegibles por la gran diversidad de derechos penales de los Estados miembros. En este sentido se señala la protección del presupuesto comunitario, la libre circulación de capitales, el medio ambiente, la función pública comunitaria, etcétera. Desde 1989 se han formulado diversas propuestas por grupos de expertos convocados por la Comisión de la CEE en materia de sanciones administrativas (Bacigalupo, Grasso, Tiedemann), de

comportamientos fraudulentos contra el presupuesto comunitario (Bacigalupo, Grasso, Delmas-Marty, Smith, Tiedemann, Van den Wyngaerts) y sobre el espacio judicial europeo, en materia penal, (Bacigalupo, Grasso, Delmas-Marty, Spencer, Spinellis, Tiedemann, Van den Wyngert). En esta última propuesta se procura elaborar un *corpus iuris* para la protección penal de los intereses financieros de la Unión Europea. Por ahora no es posible prever cuál será el futuro en esta materia.

—§ 15—

Los codigos penales españoles

156. — España se incorporó tempranamente al movimiento codificador europeo. Pero no lo hizo en forma global. El derecho civil y el derecho procesal se incorporaron a la codificación moderna mucho después que el Código Penal. El primer Código Penal fue consecuencia de un momento político muy especial en las luchas entre liberales y absolutistas, signado básicamente por el pronunciamiento de Riego (1/1/1820), que impuso a Fernando VII la Constitución de 1812 en razón de "la voluntad general del pueblo" (decreto del 7/3/1820). Dentro de este "trienio liberal" se sancionó por las Cortes el primer Código Penal el 8 de junio de 1822, que el Rey mandó promulgar el 9 de julio del mismo año.

a — El Código Penal de 1822

157. — El Código de 1822, redactado por una Comisión designada por las Cortes y presidida por José M. Calatrava, se estructuró en *un Título Preliminar,* que contenía la Parte General y *dos partes,* dedicadas la primera a los delitos contra la sociedad y la segunda a los delitos contra los particulares.

La estructura de la Parte General muestra ciertos resabios de las concepciones anteriores, pues incluye materias netamente procesales (obligación de denunciar, derecho de acusar, ausencia y contumacia) y propias del derecho de gracia (indulto), que en la tradición intelectual del liberalismo era totalmente impropia en el nuevo dere-

cho, al mismo tiempo que mantiene una institución tan cuestionada como la absolución de instancia (art. 179) y la obligación del acusador particular de indemnizar al que fuere declarado "absolutamente inocente del delito de culpa".

158. — El Código de 1822 muestra una *fuerte influencia de la prevención general* (negativa), en el sentido de *prevención-intimidación*: por un lado el ritual prolijamente regulado de la ejecución pública de las penas, sobre todo de la pena de muerte (arts. 40 y ss.). Las ejecuciones se celebraban "entre las once y las doce de la mañana" (art. 39), se realizaban con garrote (art. 38) y se debían anunciar públicamente por carteles señalando día y hora de la ejecución (art. 37). Por otro lado, la influencia de prevención general se pone de manifiesto sobre todo en el art. 106, que contiene las circunstancias agravantes, entre las cuales en la segunda se prevé "la mayor necesidad que tenga la sociedad de escarmientos, por la mayor frecuencia de los delitos". Los arts. 2°, 108 y 110 establecen las consecuencias del principio de legalidad *(nulla poena sine lege,* prohibición de la analogía *in malam partem).*

159. — La influencia de la prevención general no excluye completamente la de la *prevención especial*, que inspira el Capítulo V del Título Preliminar, dedicado a la *reincidencia,* para la que el Código prevé fuertes aumentos de la pena, hasta el punto que la pena de trabajos perpetuos se transforma en pena de muerte para la primera reincidencia.

160. — En lo concerniente a los fundamentos de la responsabilidad penal el Código de 1822 se basó en la idea del delito como voluntad individual contraria a la voluntad general, que también se percibe en el Código Penal francés de 1810 y en el Proyecto bávaro de Feuerbach de 1813.

En este sentido distingue el *"delito"* de la *"culpa"* (art. 1°), considerando *delito* a la acción "libre y voluntaria y con malicia" (art. 1°) y culpa a la acción ejecutada "libremente, pero sin malicia". El capítulo dedicado a los autores y partícipes sorprende la inclusión de la figura del *autor mediato* (art. 13), que no fue incluida en los códigos posteriores hasta el Código Penal de 1995.

También sorprende que la única circunstancia que excluye la pena que este Código regula sea la coacción irresistible (art. 21).

161. — El Código de 1822 distinguió las *penas en corporales* (muerte, trabajos perpetuos, deportación, presidio, reclusión en una casa de trabajo, ver ejecutar una sentencia de muerte, prisión en una fortaleza, etcétera), *penas no corporales* (declaración de infancia, inhabilitación, privación de empleo, honores, profesión o cargo público, arresto, etcétera) y *penas pecuniarias* (multa y "pérdida de algunos efectos"). Asimismo en el art. 27 reguló la responsabilidad civil.

162. — El juicio global que mereció el Código de 1822 no fue positivo. Pacheco lo definió como "algo de Fuero Juzgo y de las Partidas, envuelto en el Código de Napoleón". El Código cayó el 1° de octubre de 1823 con el establecimiento del antiguo régimen.

b — El Código Penal de 1848

163. — Este Código fue producto del ascenso al poder de los progresistas moderados. Joaquí M. López formó en 1843 una comisión presidida por el abogado Manuel Seijas Lozano que redactó el anteproyecto que, tras el debate parlamentario, fue aprobado en 1848 y entró en vigor al año siguiente. Al parecer no es correcta la atribución de la autoría del Código a José Francisco Pacheco.

164. — En 1850 el Código sufrió una reforma que endureció el régimen penal, pero que no alteró sus ideas ni su estructura.

165. — El Código de 1848 es técnicamente mucho más avanzado que el de 1822, del que sin embargo no difiere en sus presupuestos ideológico-penales básicos. Mantiene la presunción del dolo y la punibilidad de las llamadas "resoluciones manifestadas" (arts. 1° y 4°). Establece el principio de legalidad e introduce la retroactividad de la ley más favorable (arts. 2.19° y 20°).

166. — Por otra parte contiene un catálogo moderno de eximentes (causas de inimputabilidad, legítima defensa, estado de necesidad,

etcétera) en el art. 8°, que salvo algunas modificaciones ha permanecido hasta la actualidad. Las infracciones se clasifican en *graves, menos graves* y *faltas* (art. 6°). Prevé un extenso catálogo de circunstancias atenuantes (art. 9°) y agravantes (art. 10), en el que llama la atención las *agravantes de análoga significación,* que se mantuvo hasta el Código de 1870.

167. — Las *personas responsables* se clasifican en autores, cómplices y encubridores, de una manera similar, aunque no igual, a la que rigió hasta 1995.

168. — Se preveían *penas aflictivas* (muerte, cadena, reclusión, relegación y extrañamiento perpetuos y temporales), *penas correccionales* (presidio, correccional, prisión correccional, destierro, arresto, suspensión) y *penas leves* (arresto mayor). El art. 74 introdujo el sistema de reglas de *individualización de la pena* basado en las agravantes y atenuantes que se ha mantenido como característica del derecho penal español hasta la actualidad. También ha sido este Código el que consideró comprendidas en la *responsabilidad civil* la restitución, la reparación del daño y la indemnización de perjuicios (art. 115), de la misma manera que el art. 110 del Código Penal vigente.

169. — La Parte Especial colocó a la cabeza de los bienes jurídicos protegidos a la religión y a la seguridad del Estado, previendo para los delitos respectivas penas de notoria severidad.

c — El Código Penal de 1870

170. — Con razón dice José Antonio Escudero que el Código Penal de 1870 fue en realidad una profunda reforma del de 1848, del que conservó, como los de 1932 y 1944, las ideas básicas y su estructura técnico-legislativa. La reforma era necesaria para la adaptación del Código Penal a la Constitución de 1869. Siempre se ha destacado la importancia de Groizard en su redacción, aunque hay quienes piensan que pudo ser obra del entonces Ministro de Gracia y Justicia Eugenio Montero Ríos. El Código fue convertido en ley el 17 de junio de 1870 y promulgado por el Regente del Reino, Francisco Serrano, al

día siguiente Francisco *Silvela* lo llamó *"Código de verano"*. Probablemente la mayor profundidad de la reforma se alcanzó en la Parte Especial. El reconocimiento de la libertad de cultos hizo desaparecer los delitos contra la religión, que se reemplazaron por los "delitos relativos al libre ejercicio de los cultos" (art. 236 y ss.) dentro del título dedicado a los nuevos *"delitos contra la Constitución"* (art. 157 y siguientes).

171. — La nueva Parte Especial comienza con los delitos contra la seguridad exterior del Estado (arts. 136 a 155) y en ella se incorporan los delitos contra las Cortes y sus individuos (art. 165 y ss.), contra la forma de gobierno (art. 181 y ss.), los delitos cometidos con ocasión del ejercicio de los derechos individuales garantizados por la Constitución (art. 189 y siguientes: reuniones y asociaciones ilícitas y publicaciones prohibidas), así como los delitos cometidos por los funcionarios públicos contra el ejercicio de los derechos individuales sancionados por la Constitución (art. 204 y siguientes).

d — El Código Penal de 1928

172. — La dictadura de Primo de Rivera, instaurada en el año 1924, encomendó en marzo de 1926 a la Comisión Codificadora una "nueva edición" del Código de 1870. Concluidas estas labores en junio de 1927 con un Proyecto de Código Penal, el Ministro de Justicia Galo Ponte retocó el texto introduciéndole modificaciones que básicamente atenuaron las penas proyectadas. El Código, que Jiménez de Asúa llamó *"el Código faccioso"*, fue promulgado por Real Orden del 8/9/28 y entró en vigor el 1/1/29.

El Código de 1928 fue objeto de las más ásperas críticas; el Colegio de Abogados de Madrid solicitó en 1930 su desaparición, petición a la que se unieron otros colegios de abogados.

173. — Jiménez de Asúa caracterizó las bases teóricas del Código de la siguiente manera: "El engendro de la dictadura, que se confiesa ecléctico en la Exposición de Motivos, se define ya en el Dictamen de la Comisión de la Asamblea de un modo más preciso. Pertenece al 'nuevo eclecticismo', a saber: doble criterio de la perversidad del de-

lincuente y del peligro social; pero cuando se trata del libro segundo, esos ingredientes pierden equilibrio y toma 'resuelta primacía' la defensa social" (...). "Lo cierto es que el Proyecto —continúa— cuya Parte General parece compuesta con el deliberado designio de hacerla inaplicable, no sabe a qué dirección se afilia. Al menos —concluye— el Código de 1870 fue más consciente en sus principios básicos"[143].

Visto a distancia de los acontecimientos políticos que lo rodearon, el Código de 1928 se caracteriza, sobre todo, por el rigor de sus penas.

e — El Código Penal de 1932

174. — La instauración de la Segunda República determinó la derogación del Código de 1928 el 15 de abril de 1931 y la puesta en vigor del de 1870 en esa misma fecha. La Subcomisión Penal de la Comisión Jurídica Asesora designada por el Gobierno provisional, presidida primero por Luis Jiménez de Asúa y más tarde por José Antón Oneca, fue encargada por el Ministro Fernando de los Ríos de la reforma penal. La Subcomisión programó su tarea en dos fases: la primera se limitaba a una reforma de los aspectos más urgentes del Código de 1870; en la segunda se proyectaría un nuevo Código Penal.

175. — El Código de 1932 fue publicado en la Gaceta de 5 de noviembre de 1932 y comenzó a regir el 1° de diciembre de ese año. La reforma no afectó las estructuras básicas del Código de 1870. Se limitó a las necesarias para armonizar la Constitución republicana con el ordenamiento penal y a errores materiales de técnica, así como a la incorporación de leyes complementarias (se suprimió la división tripartita de las infracciones; se introdujo la circunstancia mixta de parentesco, art. 11; se extrajo gran parte de las disposiciones penitenciarias; se cambió el título de "delitos contra las personas" por el de "delitos contra la vida y la integridad corporal", etcétera). En relación a las penas Jiménez de Asúa sintetiza la reforma de 1932, siguiendo la Exposición de Motivos de la siguiente manera: "se suprimen la de muerte, los castigos perpetuos y la degradación; se refor-

143 Jiménez de Asúa, *Tratado de derecho penal. Parte general,* t. I, n° 250.

man las accesorias y la privación subsidiaria de la libertad por falta de pago de la multa no se mide en razón de la cuantía de ésta"[144]. En lo concerniente a la individualización de la pena, cabe agregar, "queda notablemente ampliado el arbitrio del juez al rebajar o aumentar la pena en caso de concurrir atenuantes".

En la Parte Especial destacan la introducción del delito de usura, la reducción de las penas de los delitos de falsedad documental, del aborto y de los matrimonios ilegales.

f—El Código Penal de 1944

176. — Este Código, como es lógico, responde a la nueva situación política originada por la instauración del régimen del General Franco. Tampoco en esta reforma se ponen en discusión las ideas básicas de los códigos de 1848 y 1870. Más que de un nuevo Código se trata de un *texto refundido* del Código Penal reformado, publicado en el Boletín Oficial del Estado del 3 de febrero de 1944. En el Preámbulo del nuevo texto se aclara que "no es una reforma total, ni una obra nueva, sino una sola edición renovada o actualizada de nuestro viejo Cuerpo de leyes penales que, en su sistema fundamental y en muchas de sus definiciones y reglas, data del Código promulgado en 19 de marzo de 1948". Cuello Calón ha enumerado las reformas de la Parte General, entre las que sólo algunas tienen verdadera trascendencia, como la introducción de la regla 4ª del art. 61, que permite graduar la pena según la gravedad del hecho y la personalidad del delincuente cuando no concurrieren circunstancias agravantes y atenuantes, cuya trascendencia respecto de las ideas penales de los códigos anteriores es innegable, pues da cabida decididamente a la prevención especial, reforzada por la severidad en la sanción prevista para la reincidencia. Asimismo es importante el art. 52 que introdujo la punibilidad del delito imposible. Desde otro punto de vista, el rigor de las penas (especialmente graves en los delitos contra la propiedad) se atemperó mediante la reducción de penas por el trabajo (art. 100).

144 Jiménez de Asúa, *Tratado de derecho penal. Parte general,* t. I, nº 256.

177. — En la Parte Especial se incorporaron delitos políticos severamente sancionados que provenían de la "Ley de Seguridad", así como nuevos tipos penales referentes a la infracción de leyes laborales que cause grave quebranto a la salud de los obreros, el abandono de familia, etcétera. Juan Del Rosal subrayó el carácter político del Código, en particular en los tipos que se refieren a la protección de las ideas políticas, religiosas y sociales.

g — El texto refundido de 1973 y la reforma de 1983

178. — La ley 44/71 dispuso que el Gobierno publicaría en el plazo de un año un texto del Código Penal que debía incluir un número limitado y reducido de modificaciones. En cumplimiento de esta ley se publicó un texto refundido aprobado por el decr. 3096/73, que, en 1983 sufrió una reforma urgente y parcial introducida por la *LO* 3/83, en la que procuró ajustar el Código Penal a la Constitución de 1978.

179. — La *LO* 3/83 puso especial énfasis en el *principio de culpabilidad*, derogando la presunción de voluntariedad, regulando el error de tipo y el error de prohibición, incluyendo la actuación en nombre de otro y el delito continuado, reduciendo el catálogo de atenuantes y agravantes y, entre estas últimas, eliminando la multirreincidencia. En la Parte Especial son de destacar las reformas que atenuaron las penas de los delitos contra la propiedad y en especial la nueva redacción del art. 528, que abandonó el antiguo modelo francés de la estafa para dar paso al modelo ítalo-germano que se mantiene en el derecho vigente.

— § 16 —

Los distintos proyectos de Codigo Penal

a — El Proyecto de 1980

180. — El punto de partida de este Proyecto fue la constatación de que el "sistema fundamental (del Código de 1848) no responde a las

exigencias sociales, políticas y técnico-jurídicas de hoy". Por ello el Proyecto "se inspira en los postulados de la moderna política criminal", se dice en la Exposición de Motivos, y reitera como base de ésta la idea del principio de intervención mínima. Al mismo tiempo se señala que "la moderación de las penas que se ha llevado a cabo no supone ningún reblandecimiento del sistema punitivo".

181. — La Exposición de Motivos contiene también una clara definición en favor de la concepción del delito como "lesión o efectivo peligro de bienes jurídicos", lo que, sin embargo, no condujo a la eliminación de los delitos de peligro abstracto. En lo referente a la pena el Proyecto mostró su preferencia por las teorías de la unión al sostener que la entiende "como un castigo que ha de guardar proporción con la gravedad del hecho cometido y que deberá orientarse, siempre que sea posible a finalidades preventivas". Y agrega: "presupuesto de la pena, así entendida, es la culpabilidad; el Código, concluye, consagra la rotunda declaración de que 'no hay pena sin culpabilidad' ". De allí surgió la eliminación de los delitos cualificados (objetivamente) por el resultado más grave, la responsabilidad objetiva y el reconocimiento de la relevancia del error.

182. — En la sistemática de la Parte General la materia que le corresponde se estructuró sobre el triple criterio de "la infracción penal", "las personas responsables", "las penas" y "las medidas de seguridad", que reprodujeron los proyectos posteriores y adoptó el Código vigente.

183. — En materia de consecuencias jurídicas se introdujo la suspensión del fallo y las formas sustitutivas de la pena de prisión, que constituían verdaderas innovaciones político-criminales en España. Asimismo se introdujo un título expreso dedicado a las *medidas de seguridad.*

184. — En la Parte Especial destaca la creación de los *delitos financieros*, que dieron lugar al Título VIII de los "Delitos contra el orden socio-económico" y las modificaciones de los delitos sexuales, en los que "la protección se ha desplazado de la honestidad a la libertad sexual".

b — La propuesta de Anteproyecto de 1983

185. — La Comisión designada por el Ministro de Justicia Fernando Ledesma formuló una Propuesta de Anteproyecto cuyos principales objetivos fueron dar relevancia al error sobre el tipo y sobre la prohibición, la instauración del régimen de *crimina culposa* en sustitución del tradicional *crimen culpae*, la punición excepcional de la conspiración, proposición y provocación, la introducción del sistema de "días-multa", la supresión de las medidas de seguridad predelictuales y la creación de un catálogo de medidas post-delictuales, así como la introducción de la autoría mediata y la supresión de la distinción terminológica entre tentativa y delito frustrado, ya excluida por el Proyecto 1980 (art. 25).

186. — En la Parte Especial se perseguía, entre otros, el propósito de una adaptación del Código a la Constitución, se incrementó el rigor represivo de los delitos de rebeldía y terrorismo, se introdujeron los delitos contra la intimidad y la difamación y se reiteró un título para los delitos socioeconómicos.

c — Los proyectos posteriores (1992 y 1994)

187. — Ya el Proyecto de 1992 reconoció que el Proyecto de 1980 y la Propuesta de Anteproyecto de 1983 habían ejercido una visible impronta en sus propios textos y reconoció un "visible parentesco" con los textos de 1980 y, especialmente, de 1983.

El Proyecto del '92 incluyó la primera regulación de la comisión por omisión (art. 10) y, en lo demás, tuvo el propósito de simplificar los textos de los anteriores, aunque manteniendo su orientación político-criminal.

188. — Lo mismo cabe decir del Proyecto de 1994, que, en términos generales, se redujo a correcciones más estilísticas que profundas del Proyecto de 1992, aunque en ellas se cometieron algunos fallos notorios, por ejemplo: en la redacción de la fórmula del error (art. 14). Este Proyecto fue remitido a las Cortes y fue aprobado como Proyecto de *LO* de Código Penal por el Pleno del Congreso el 5/7/95.

— § 17 —
El Codigo Penal de 1995

189. — El nuevo Código Penal vigente fue aprobado por el Pleno del Congreso, luego de las reformas introducidas en el Senado, el 8/11/95 y entró en vigor seis meses después de su publicación en el *BOE* el 24 de mayo de 1996. El Código representa una síntesis de las ideas político-criminales que orientaron el movimiento de reforma desde el Proyecto de 1980 y la Propuesta de Anteproyecto de 1983. En general se trata de una puesta al día de la legislación penal con las concepciones penales actuales.

Las reformas de la Parte General en el sistema de consecuencias jurídicas del delito son considerables en lo relativo a las medidas de seguridad y en lo concerniente a las penas se materializó gran parte del programa de la Propuesta de 1983 (arresto de fin de semana, sustitutivos de la prisión, "días-multa", etcétera). Se flexibilizó en parte el sistema de individualización de la pena y se redujo su complicación, aunque en esta materia el legislador ha mantenido su apego a las ideas tradicionales del Código de 1848.

190. — En la *parte dogmática* se concretó la eliminación terminológica del delito frustrado, la regulación de la comisión por omisión, mediante una norma muy criticada por la doctrina y que en la forma actual carecía de precedentes en los proyectos, se modernizó en parte la autoría y la participación, aunque sin abandonar los antiguos conceptos, se dio entrada al sistema de *numerus clausus* en los delitos culposos y en la punibilidad de la conspiración, la provocación y la proposición.

191. — La nueva Parte Especial presenta nuevos bienes jurídicos que han dado lugar a figuras penales novedosas como la manipulación genética y las lesiones al feto (arts. 157 y 159), la "estafa" informática (art. 248. 2°), los delitos societarios (arts. 290 y ss.), los delitos contra la ordenación del territorio (arts. 319 y ss.) y contra los recursos naturales y el medio ambiente (arts. 325 y siguientes).

192. — *Otros delitos* como los sexuales, los delitos contra el honor y los de falsedad documental han sufrido notorias reformas, así como

en el caso de los delitos contra la vida se ha eliminado el parricidio y se han reducido los supuestos de asesinato. También ha desaparecido la reducción de penas por el trabajo, lo que tiene una importante incidencia en el rigor de las penas.

Capítulo II

Los principios básicos

A — El principio de legalidad

— § 18 —

FUNDAMENTOS DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD

193. — La ley penal tiene una función decisiva en la garantía de la libertad. Esa función suele expresarse en la máxima *nullum crimen, nulla poena sine lege*. Esto quiere decir que sin una ley que lo haya declarado previamente punible ningún hecho puede merecer una pena del derecho penal. La jerarquía constitucional de este precepto es hoy en día indiscutida (art. 25.1, *CE*). No sólo rige respecto de las sanciones propiamente penales, sino de toda sanción (inclusive las administrativas y disciplinarias) que pueda aplicarse por una lesión del ordenamiento jurídico (art. 9°.3, *CE*).

194. — En sus primeras formulaciones, este principio estuvo vinculado a la teoría de la pena como coacción psicológica (prevención general) representada por Feuerbach: la ley penal debía preceder a la acción delictiva porque de esta manera podía la pena cumplir su función preventiva, es decir, inhibidora del impulso delictivo. "Por lo tanto —decía Feuerbach[1]— las transgresiones se impiden si cada ciudadano sabe con certeza que la transgresión será seguida de un

[1] Feuerbach, *Revision der Grundsätze und Grundbegriffe des positiven peinlichen Rechts*, 1799, t. I, p. 45 y siguientes.

mal mayor que aquel que correspondería a la no satisfacción de la necesidad mediante la acción" (delictiva). De allí se deduce que "la conexión del mal con el delito tiene que ser amenazada en una ley"[2]. "El fin de la ley y de la amenaza contenida en ella es, por tanto, la intimidación dirigida al hecho condicionado por la pena"[3].

195. — Previamente, sin embargo, Beccaria había fundamentado el derecho de sancionar en el contrato social y deducía: *"La prima consequenza di questi principii, è che le sole leggi possono decretare la pena su i deliti, e questa autorità non può risiedere che presso il ligislatore che rappresenta tutta la società unita per un contratto sociale"*[4].

196. — De esta manera, el principio *nulla poena sine lege* o principio de legalidad adquirió carácter fundamental en el derecho penal como principio constitucional y como principio propiamente penal, independiente de cualquier teoría de la pena.

La consecuencia práctica de este principio es la siguiente: ninguna sentencia condenatoria se puede dictar aplicando una pena que no esté fundada en una ley previa, es decir, una ley en la que el hecho imputado al autor sea amenazado con pena. En otras palabras, el razonamiento judicial debe comenzar con la ley, pues sólo de esa manera la condena se podrá fundar en la ley penal.

197. — El principio tiene, entonces, dos partes, como hemos visto: *nullum "crimen" sine lege* y *nulla "poena" sine lege*. Tanto el delito como la pena deben estar determinados en la ley previa.

198. — El Código Penal recoge ambas fases del principio de legalidad en el art. 1° *(nullum "crimen" sine lege)* y en el art. 2°.1 *(nulla "poena" sine lege)*[5]. El art. 1° limita el poder penal del Estado frente a la

[2] Feuerbach, *Revision der Grundsätze und Grundbegriffe des positiven peinlichen Rechts*, 1799, t. I, p. 49.

[3] Feuerbach, *Revision der Grundsätze und Grundbegriffe des positiven peinlichen Rechts*, 1799, t. I, p. 49.

[4] Beccaria, *Dei delitti e delle pene*, 1764, t. III, p. 15, citado según la edición de 1973, al cuidado de Gian Domenico Pisapia.

[5] Córdoba Roda - Rodríguez Mourullo, *Comentarios al Código Penal*, 1972, t. I, p. 56 y siguientes.

acción u omisión que "no esté prevista como delito o falta por la ley". El art. 2º prohíbe castigar delitos o faltas "con pena que no se halle prevista por ley anterior a su perpetración".

199. — Qué se debe entender por fundar una condena en una ley previa no es en absoluto un problema resuelto. En primer lugar, el grado de vinculación de un fundamento de la condena con la ley previa puede ser de muy diversos grados: puede ser más o menos estrecha. Así, por ejemplo, cuando a principios de siglo se comenzó a utilizar la energía eléctrica, se registraron casos de utilización fraudulenta del fluido eléctrico modificando los aparatos contadores instalados en cada casa para determinar el consumo del usuario. Hubo países —por ejemplo, Alemania—[6] en los que los tribunales entendieron que la electricidad no era una "cosa mueble" y que apoderarse de ella, por lo tanto, no constituía hurto.

200. — Mientras en España se prefirió incorporar disposiciones especiales (art. 255, Cód. Penal) para dicho caso, y otras similares, en Alemania la opinión hoy dominante no comparte ya el criterio jurisprudencial absolutorio del Tribunal del Imperio[7] y se piensa que en verdad el parágrafo referente al hurto permitiría alcanzar una condena sin infringir el principio de legalidad[8]. Por lo tanto, cabe distinguir entre aplicaciones más o menos estrictas de la ley. Establecer cuál es el grado que constituye el límite mínimo de vinculación con el texto de la ley en su aplicación es una cuestión valorativa. Ello sólo será posible en una consideración de cada caso individualmente.

201. — El principio de legalidad se expresa en exigencias dirigidas al legislador y a los tribunales. Una sanción penal se habrá aplicado con arreglo al principio de legalidad si está establecida en una *lex praevia* (exclusión de la aplicación retroactiva de las leyes penales) y en una *lex scripta* (exclusión del derecho consuetudinario), que reúna las condiciones de una *lex certa* (exclusión de las cláusulas gene-

6 Naucke, *Strafrechts, eine Einführung*, 3ª ed., 1980, p. 74 y siguientes.
7 Cfr. "RGSt" 29, p. 111.
8 Naucke, *Strafrechts, eine Einführung*, 3ª ed., 1980, p. 74 y siguientes.

rales), interpretada como una *lex stricta* —exclusión de la extensión analógica de la ley penal— (cfr. *STC* 133/87).

202. — El contenido correcto de estas prohibiciones, a las que el principio de legalidad somete al legislador y a los tribunales, depende del fundamento que se asigne a este principio, pues vulnerar el principio de legalidad significa, precisamente, contradecir su fundamento.

Las fundamentaciones intentadas en la teoría son diversas. Aquí sólo es preciso hacer referencia a las más importantes.

a) En primer lugar, se ha entendido que el principio de legalidad es un *derivado del principio de culpabilidad*[9]. Si la culpabilidad requiere que el autor haya conocido (o al menos podido conocer) la norma vulnerada, ello sólo sería posible, se afirma, si el hecho punible está contenido en una ley. Este criterio, sin embargo, ha sido criticado por quienes siguen el punto de vista dominante en lo referente al alcance del principio de culpabilidad, pues se estima que mientras éste no requiere del conocimiento de las consecuencias jurídicas, el principio de legalidad se extiende a éstas inclusive[10]. Por el contrario, el conocimiento (potencial) de la punibilidad se debe considerar exigencia del principio de culpabilidad y ello priva de contenido a la crítica reseñada.

b) También se ha sostenido que el principio de legalidad es *consecuencia del principio democrático* (art. 1°, *CE*). La ley previa es, según este principio, necesario presupuesto de toda intervención en derechos fundamentales de los ciudadanos por parte de los funcionarios que carecen de una legitimidad democrática directa (como es el caso de la Administración y la Justicia)[11]. Contra esta fundamentación se ha sostenido, con razón, que no

[9] Sax, en Bettermann - Nipperdey - Scheuner, *Die Grundrechte*, 2ª ed., 1972, t. III, p. 998 y siguientes.

[10] Jakobs, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 1983, p. 53; Schünemann, *¿Nulla poena sine lege?*, 1978, p. 15; Schreiber, *Gesetz und Richter*, 1976, p. 209 y ss.; Grünwald, en "ZStW", 76, 1964, p. 12.

[11] Grünwald, en "ZStW", 76, 1964, p. 1 y ss.; Schünemann, *¿Nulla poena sine lege?*, 1978, p. 15.

puede explicar la prohibición de aplicación retroactiva del derecho penal ni la de leyes con contenido indeterminado[12].

c) En España, el Tribunal Constitucional (*STC* 133/87) ha entendido que "el principio de legalidad penal es esencialmente una *concreción de diversos aspectos del Estado de derecho*" (...). "En este sentido —dice la sentencia citada— se vincula ante todo con el imperio de la ley como presupuesto de la actuación del Estado sobre bienes jurídicos de los ciudadanos, pero también con el derecho de los ciudadanos a la seguridad (*STC* 62/82) (...), así como con la prohibición de la arbitrariedad y el derecho a la objetividad e imparcialidad del juicio de los tribunales, que garantizan los arts. 24.2 y 117.1 de la *CE*, especialmente cuando éste declara que los jueces y magistrados están sometidos únicamente al imperio de la ley".

203. — Desde esta perspectiva el principio de legalidad aparece básicamente como una consecuencia del principio de culpabilidad, que, además, garantiza la objetividad del juicio de los tribunales, pues sólo con la distancia que da una ley previa es posible un enjuiciamiento objetivo de los hechos[13]. Ello permite explicar que la protección se extienda tanto a las consecuencias jurídicas como a los plazos de prescripción, así como también la exclusión de la extensión analógica y la aplicación retroactiva de la ley penal.

204. — Fuera del fundamento también se discute a quién protege el principio de legalidad. Afirmó von Liszt[14], en este sentido, que el principio de legalidad es la "*magna charta* del delincuente". En la actualidad esta concepción no goza, con razón, de la adhesión de la mayor parte de la doctrina[15]. En un Estado democrático de derecho el juez nunca tiene ante sí a un delincuente, sino a un ciudadano que está amparado por el derecho a la presunción de inocencia y que es el

[12] Jakobs, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 1983, p. 53.

[13] Grünwald, en "ZStW", 76, 1964, p. 14; Jakobs, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 1983, p. 55; Schreiber, *Gesetz und Richter*, 1976, ps. 213 y siguientes.

[14] Liszt, *Strafrechtliche Vorträge und Aufsätze*, 1905, t. II, p. 75.

[15] Naucke, *Strafrechts, eine Einführung*, 3ª ed., 1980, p. 80; Schünemann, *¿Nulla poena sine lege?*, 1978, p. 1.

destinatario de la protección del principio de legalidad; en consecuencia, este principio se debe entender como la *magna charta* del ciudadano y toda restricción de su contenido afectará esencialmente derechos fundamentales.

El principio de legalidad, entendido como garantía de la objetividad del juicio sobre el hecho y como *magna charta* del ciudadano, requiere de un análisis particularizado de sus diversos aspectos.

— § 19 —

Principio de legalidad y "rigurosa aplicacion de la ley" en el sentido del art. 4°.3 del Codigo Penal español

205. — El art. 4° del Cód. Penal español establece en su tercer párrafo que los tribunales deben aplicar la ley en forma rigurosa. En una primera lectura ello parece significar que el tribunal debe aplicar la ley penal, aunque a su juicio el hecho no sea merecedor de pena, y que, además, debe sancionar al autor en la forma establecida en la ley, aunque la pena resulte desproporcionada con "el grado de malicia y el daño causado por el delito". El párrafo fue introducido en la reforma de 1850 y al parecer no se supo, en su momento, por qué razón. Pacheco dice en este sentido que "quizá lo inspiraron en aquella ocasión las acumulaciones de penas a que dio lugar el art. 76, ora sin motivo, ora con motivo"[16]. El art. 76 del Cód. Penal de 1848 contenía una norma prácticamente idéntica a la del actual art. 73 del Cód. Penal, es decir, una norma que establecía el principio de acumulación ilimitada de penas para el caso del concurso real, principio que no fue modificado hasta que, en el Código de 1870, se introdujo el límite del triplo de la pena más grave (art. 89.2ª), que todavía conserva el vigente art. 76.2ª del Código Penal.

206. — Las razones que inspiraron la introducción de esta disposición tampoco resultan claras desde una perspectiva político-criminal, pero no cabe duda de que expresan una idea de cuál es la vinculación del juez a la ley penal.

16 Pacheco, *El Código Penal*, 2ª ed., 1856, p. 87.

Por un lado se establece que los jueces no pueden decidir sin un fundamento legal sobre la punibilidad o no de una conducta (algo que ya surge del principio de legalidad); por otro, que deben aplicar la ley sin tomar en consideración el resultado (justo o injusto, útil o no) de esta aplicación. La primera cuestión es, en principio, clara, si se la entiende desde el punto de vista de las competencias legislativas y judiciales, pues para los jueces la aplicación del derecho es obligatoria. La disposición es menos clara, sin embargo, si lo que quiere decir es que los jueces deben aplicar la ley de una manera literal, o, dicho con otras palabras, si el juez está vinculado por un texto legal que no puede interpretar o que sólo puede interpretar en modo limitado.

207. — Por otro lado, el art. 4°.3 del Cód. Penal establece que, en principio, los jueces no deberían considerar en sus decisiones si el resultado es justo en relación al caso concreto y, más específicamente, si la pena es o no proporcionada a la "malicia" o al daño causado. Ello es como decir que las penas se deben aplicar sin considerar la gravedad del delito concreto, algo que choca con la exigencia de justicia y proporcionalidad de las penas ya requerida por Montesquieu y Beccaria.

208. — Una vinculación del juez a la ley como ésta es, ante todo, explicable en el contexto de las concepciones constitucionales en las que surgió el párr. 2° del art. 2° del Cód. Penal en 1850 (actual art. 4°.3). A este respecto parece que tienen menos importancia los acontecimientos políticos concretos que rodearon aquella reforma que las ideas jurídicas que, con cierta independencia de tales sucesos, estaban en la base de la estructuración del Estado. Dicho de otra manera, no importa tanto que la reforma de 1850 haya sido consecuencia de impulsos políticos conservadores posteriores al "bienio liberal" que lo precedió, como que el pensamiento de la época sobre la división de poderes estaba apoyado todavía en los conceptos teóricos que fueron patrimonio de la ciencia jurídica de principios del siglo XIX.

209. — La expresión más precisa de estas ideas es, probablemente, la que se encuentra en la Constitución de Cádiz de 1812, que distinguió entre la aplicación de las leyes y la interpretación de las mismas, asignando la primera tarea a los tribunales (art. 242) y la segunda a las Cortes (art. 131.1ª). De esta manera la "aplicación" y la

"interpretación" de la ley se convirtieron en el presupuesto objetivo de la división de poderes. En este marco se explica que el Tribunal Supremo tuviera que: "oír las dudas de los demás tribunales sobre la inteligencia de alguna ley y consultar sobre ellas al Rey con los fundamentos que hubiere para que promueva la conveniente declaración en las Cortes" (art. 261.10°).

210. — Las constituciones de 1837 (art. 63), de 1845 (art. 66), de 1869 (art. 91) y de 1876 (art. 76) no volvieron a mencionar expresamente la distinción entre aplicación e interpretación de las leyes, pero, en todo caso, sólo reconocieron a los tribunales la facultad de aplicar las leyes. Esto es un síntoma claro de que en todas ellas el constituyente no dejó de lado la contraposición entre aplicación e interpretación y de que, cuando se introdujo el texto del actual art. 4°.3 del Cód. Penal español, se pensaba que los tribunales sólo podrían aplicar la ley, aunque no interpretarla. Si se tiene en cuenta el trasfondo de ideas políticas que orientaron la Constitución de 1845, se comprende fácilmente que el constituyente no trató de incrementar los poderes de los tribunales, sino reducir los de las Cortes en favor de la Corona y, por lo tanto, mal podría entenderse que el horizonte constitucional de 1850 permitía suponer una ampliación de las funciones del Poder Judicial respecto de la Constitución de Cádiz. Aunque la Constitución de 1845 haya atemperado la idea tradicional de una monarquía que concentraba el poder sin división del mismo[17], sólo manifestó su propósito en la definición de las relaciones entre el Rey y las Cortes. El Poder Judicial, como tal, no parece haber entrado en consideración.

211. — En consecuencia, el art. 4°.3 del Cód. Penal se debe entender, en primer lugar, a partir de su contexto histórico-constitucional, como la expresión de la ideología jurídica dominante respecto de la función del juez en el siglo XVIII y principios del siglo XIX. Si esta concepción de los poderes del Estado se ejemplifica a través de uno de sus máximos teóricos, Montesquieu, se comprueba que, en realidad, el Poder Judicial no era un poder del Estado, en sentido auténtico.

[17] Jorge de Esteban (ed.), *Las constituciones de España*, 2ª ed., 1980, p. 12.

Ciertamente, decía Montesquieu que "todavía no habrá libertad si el poder de juzgar no está separado del legislativo y del ejecutivo" y que "si se encuentra junto con el legislativo, el poder sobre la vida y la libertad de los ciudadanos será arbitrario: el juez sería el legislador. Si está junto al poder ejecutivo —agregaba— el juez podría tener la fuerza de un opresor"[18]. Pero también afirmaba pocas líneas más tarde que "el poder de juzgar, tan terrible entre los hombres, no estando ligado ni a un cierto estado (se refiere a la nobleza, a los ciudadanos, etcétera) ni a una determinada profesión, se convierte, por así decirlo, en invisible y nulo"[19]. Esta no es sino la consecuencia de que "los tribunales no deben estar constituidos en forma permanente" y de que "sus sentencias jamás deben ser otra cosa que un texto preciso de la ley; si fueran una opinión particular del juez, viviríamos en sociedad sin saber precisamente cuáles son las obligaciones contraídas"[20].

212. — Este punto de vista tuvo una singular trascendencia en el ámbito del derecho penal europeo de aquel tiempo, como se observa en esta afirmación de Beccaria: "Ni siquiera en los jueces penales puede residir la autoridad de interpretar las leyes penales, por la misma razón que éstos no son legisladores"[21], que completaba su idea con palabras tajantes: "Nada es más peligroso que el axioma común que indica que es necesario consultar el espíritu de la ley" (...). "El espíritu de la ley sería el resultado de una buena o mala lógica de un juez, de una digestión fácil o malsana; dependería de la violencia de sus pasiones, de la debilidad del que sufre, de las relaciones del juez con el ofendido, y de todas aquellas pequeñas fuerzas que transforman las apariencias de todo objeto en el ánimo fluctuante del hombre"[22].

[18] Montesquieu, *De l'esprit des lois*, ed. de la Librarie Garnier Fréres, 1748, t. I, p. 152.

[19] Montesquieu, *De l'esprit des lois*, ed. de la Librarie Garnier Fréres, 1748, t. I, p. 153.

[20] Montesquieu, *De l'esprit des lois*, ed. de la Librarie Garnier Fréres, 1748, t. I, p. 154.

[21] Beccaria, *Dei delitti e delle pene*, 1764, Cap. IV, citado según la edición de Gian Domenico Pisapia, 1973, p. 17.

[22] Beccaria, *Dei delitti e delle pene*, 1764, Cap. IV, citado según la edición de Gian Domenico Pisapia, 1973, p. 18.

213. — A su vez Feuerbach reiteró estos conceptos en 1804 al sostener: "El juez está vinculado a la palabra estricta y desnuda de la ley" (...) "su tarea no debe ser otra que la de comparar el caso dado con sus palabras y, condenar sin consideración del sentido y espíritu de la ley, cuando el sonido de las palabras condena, y absolver, cuando ésta absuelve"[23]. Consecuencia de este punto de vista era la prohibición de la interpretación sostenida por Feuerbach.

214. — Con anterioridad a la Constitución de Cádiz en España, esta visión del problema no había estado exenta de discusión[24]. En lo sustancial, sin embargo, la prohibición de la interpretación fue admitida con todas sus consecuencias. Prueba de ello es que el antecedente más claro de la concepción de la Constitución de Cádiz de 1812, en este punto, la obra de Lardizabal, sólo se distinguía aparentemente de Beccaria. Lardizabal afirmaba: "No creo, pues, que sea tan peligroso, como pretende el Marqués de Beccaria el axioma común, que propone por necesario consultar el espíritu de la ley"[25], sin embargo, más adelante agregaba un matiz en esta discrepancia "quando la ley es obscura, quando atendidas las palabras, se duda prudentemente" (...) "entonces no debe ni puede el juez valerse de su prudencia para determinar, aunque parezca justo; sino ocurrir al Príncipe, para que declare su intención, como se previene en nuestras leyes"[26]. Por lo tanto: "Si la ley es clara y terminante, si sus palabras manifiestan que el ánimo del legislador fue incluir o excluir el caso particular, entonces, aunque sea o parezca dura y contra equidad, debe seguirse literalmente"[27]. En otro caso, concluye la argumentación, el juez "usurparía los derechos de la soberanía"[28].

[23] Feuerbach, *Kritik des Kleinschrodischen Entwurf zu einen peinlichen Gesetzbuche für die Chur-Pfalz-Bayerischen Staaten*, 1804, Cap. II/20. Similar era el punto de vista de Filangeri, *La scienza della legislazione. Opusculi scelti*, 1822, t. VI, p. 314: "conocimiento del hecho, aplicación literal de la ley: he allí a qué se reducen los poderes de un juez".

[24] Lardizabal, *Discurso sobre las penas*, 1872, Cap. II, nros. 38 a 45, especialmente, nº 39.

[25] Lardizabal, *Discurso sobre las penas*, 1872, Cap. II, nº 39.

[26] Lardizabal, *Discurso sobre las penas*, 1872, Cap. II, nº 40.

[27] Lardizabal, *Discurso sobre las penas*, 1872, Cap. II, nº 41.

[28] Lardizabal, *Discurso sobre las penas*, 1872, Cap. II, nº 42.

215. — El concepto histórico, constitucional y teórico-jurídico que rodea la introducción de la disposición que hoy se encuentra en el art. 4°.3 del Cód. Penal traduce pues una posición judicial de facultades limitadas, como consecuencia de una concepción de la división de poderes basada en la distinción entre interpretación y aplicación de la ley, en la que la interpretación del derecho se identificaba evidentemente con su creación.

216. — El carácter limitado de la función judicial, esta "esclavitud del juez"[29] respecto del texto legal y sus palabras, se traduce prácticamente en el sistema del art. 4°.3 del Cód. Penal en una verdadera supervisión de la justicia penal por el Ejecutivo a través del indulto. Es decir, el Poder Judicial aplica la ley, pero el Ejecutivo "juzga" sobre la equidad y la utilidad de la aplicación concreta de la ley. Dicho de otra manera: el indulto aparece como una especie de "recurso" de equidad, que puede promover inclusive el tribunal de la causa, ante el Ejecutivo.

En efecto, excluida de las facultades judiciales la posibilidad de introducir en la aplicación de la ley consideraciones de justicia y proporcionalidad de la pena, esta materia queda en manos del Ejecutivo, ni siquiera del Parlamento. El art. 11 de la ley de 18 de junio de 1870 muestra con toda claridad que el Ejecutivo puede ejercer el derecho de gracia cuando existan razones de justicia, equidad o utilidad pública, a juicio del tribunal sentenciador[30].

217. — Un sistema de relaciones entre el Poder Judicial y el Ejecutivo de estas características es dudosamente compatible con la idea central de la división de poderes en un Estado democrático. En el Estado moderno el indulto, por otra parte, no es una institución que goce de especial prestigio. Ya inicialmente se ha cuestionado qué poder del Estado debe ser competente para ejercer el derecho de gracia. En este sentido afirmaba Beccaria que "la clemencia es la virtud del legislador y no del ejecutor de las leyes, debe resplandecer en el

[29] Kaufmann, Arthur, *Beitraege zur juristischen Hermeneutik*, 1984, p. 134.

[30] Sin embargo, las constituciones desde 1812 no han sometido el derecho de gracia a ninguna condición.

Código, no en los juicios particulares"[31], con lo que implícitamente se afirmaba que la cuestión de la justicia y de la utilidad pública de las penas era una cuestión exclusiva del Parlamento. Pero, sin perjuicio de ello, en la época del Iluminismo el derecho de gracia era visto como una contrapartida de las leyes penales bárbaras, que carecería de justificación en el Estado moderno y que tenía efectos disfuncionales para la prevención general[32].

218. — En resumen, el art. 4°.3 del Cód. Penal es la expresión de un sistema judicial limitado, que vincula al juez a las palabras del texto de la ley, impidiéndole tomar en consideración la justicia o la proporcionalidad de la pena que resulte de su aplicación. Tales cuestiones quedan reservadas al Gobierno, que mediante el derecho de gracia puede promover ante el Rey un indulto total o parcial de la pena.

219. — Esta concepción es ajena al sistema constitucional vigente por varias razones. En primer lugar porque la Constitución ha definido en su art. 1° el orden jurídico como algo más que un mero orden legal. El orden jurídico español no sólo se compone de leyes, sino también de valores superiores (la justicia, la igualdad y el pluralismo político, del art. 1°; la dignidad de la persona y el libre desarrollo de la personalidad, del art. 10.1 de la *CE*). En la medida en la que a los jueces corresponde "la potestad jurisdiccional" juzgando y haciendo cumplir lo juzgado (art. 117.3, *CE*) y en la que los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento —no sólo de la ley— (art. 9°.1, *CE*), es evidente que su misión consiste en realizar en sus juicios no sólo el sentido literal de las leyes, sino un sentido capaz de materializar las finalidades y los valores del orden jurídico. Carecería de todo apoyo en la Constitución una distribución de las competencias de tal naturaleza que los jueces sólo pudieran aplicar

[31] Beccaria, *Dei delitti e delle pene*, 1764, Cap. IV, citado según la edición de Gian Domenico Pisapia, 1973, p. 74.

[32] Beccaria, *Dei delitti e delle pene*, 1764, Cap. XX, citado según la edición de Gian Domenico Pisapia, 1973; Feuerbach, *Kritik des Kleinschrodischen Entwurf zu einem peinlichen Gesetzbuche für die Chur-Pfalz-Bayerischen Staaten*, 1804, Cap. II/20, p. 242 y ss.; Montesquieu, *De l'esprit des lois*, ed. de la Librarie Garnier Fréres, 1748, t. I, p. 91.

el orden legal, mientras que los valores superiores estuvieran fuera de los objetivos que la Constitución atribuye al Poder Judicial. Básicamente no se correspondería con la visión actual de esta cuestión: "La justicia de la decisión del caso —dice Larenz[33]— es ciertamente un fin deseable de la actividad judicial".

220. — El Tribunal Constitucional ha establecido claramente que el ordenamiento jurídico no sólo se compone de leyes en la *STC* 89/83, en la que dijo, a propósito de la figura del delito continuado, entonces no contenida en la ley, que: "ni la garantía criminal ni la penal pueden ser entendidas, sin embargo, de forma tan mecánica que anulen la libertad del juez para resolver, mientras no cree nuevas figuras delictivas ni aplique penas no previstas en el ordenamiento, graduadas de acuerdo con reglas que también detrae de la ley".

221. — El Tribunal Constitucional aclaró asimismo que: "la facultad de interpretar y aplicar la ley penal (...) corresponde a los tribunales de ese orden (art. 117.3, *CE*)". De esta manera queda claro que la distinción entre aplicación e interpretación de la ley que caracterizó a las constituciones de 1812, 1837, 1845, 1869 y 1876 ha sido entendida como ajena a la Constitución vigente.

Expresó conceptos similares en la *STC* 75/84, sosteniendo expresamente que el objeto de su control constitucional en el caso era "la interpretación y aplicación que el juez ordinario ha hecho de la ley penal"[34]. En particular, el Tribunal Constitucional consideró en esta sentencia la corrección de la interpretación teleológica realizada por los jueces *a quibus*.

222. — Ambas sentencias son importantes en lo que concierne a las cuestiones aquí tratadas, toda vez que el Tribunal Constitucional ha reconocido en ellas que los jueces no sólo deben interpretar y aplicar un texto legal, sino que además —aunque no lo dice expresamen-

[33] Larenz, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft (Studienausgabe)*, 1983, p. 223.

[34] Sobre las *SSTC* 89/83 y 75/84, en lo que concierne a los casos allí resueltos, ver, críticamente: Bacigalupo, en "Revista del Foro Canario", 87-1993, ps. 11 y ss. y 20 y siguientes.

te— deben aplicar el derecho. Ello surge de estas sentencias sin lugar a dudas, pues en la *STC* 89/83 admitió que una figura, proveniente de una construcción que sólo se podía justificar a partir de principios muy generales del derecho penal, era compatible con la aplicación de una ley que guardaba silencio sobre ella. A la inversa, en la *STC* 75/84 consideró vulnerado el principio de legalidad a pesar de que en la sentencia anulada se habían aplicado literalmente los arts. 339, *LOPJ* (entonces vigente) y 6°.4 del Cód. Civil. En suma: una aplicación de principios no explícitos en la ley es compatible con el principio de legalidad, mientras no lo es una aplicación literal de la ley que contradice los principios generales (implícitos) en la misma.

La doctrina de estas sentencias ha sido recogida más tarde en el art. 5° de la *LOPJ* que impone a los jueces y tribunales "interpretar y aplicar" las leyes y los reglamentos según los preceptos y principios constitucionales.

223. — La consecuencia lógica de todo lo anterior sería la derogación del art. 4°.3 del Cód. Penal, pues, en verdad, contradice el sistema constitucional de división de poderes y reduce el orden jurídico penal a los textos legales en contra de lo que establece el art. 1° de la *CE*. El juez no está vinculado sólo a la ley y a la Constitución, sino también a los valores fundamentales que forman parte del orden jurídico y que la Constitución sólo enuncia. En este marco institucional ¿qué puede significar todavía el art. 4°.3 del Cód. Penal? Y en particular: ¿cuándo es legítimo que un tribunal se dirija al Gobierno en los términos del art. 4°.3 del Código Penal?

— *a* —

224. — Lo primero que necesitamos aclarar es que el art. 4°.3 del Cód. Penal no puede ser entendido como una norma que impida aplicar eximentes de responsabilidad no previstas expresamente en la ley. Se trata de una cuestión ya debatida antes de la entrada en vigor de la Constitución vigente[35] y que se desarrolló en el marco de la pro-

[35] Antón Oneca, *Derecho penal*, (editado por Hernández de Guijarro y Beneytez Merino), 2ª ed., 1986, p. 123; Córdoba Roda - Rodríguez Mourullo, *Comentarios al Código Penal*, 1976, t. I, p. 58 y ss.; Cerezo Mir, *Curso de derecho penal español. Parte general*, 1984, t. I, p. 206, con una completa información bibliográfica.

blemática de la analogía *in bonam partem*. Las opiniones se dividieron en favor y en contra de tal posibilidad, aunque la discusión se llevó a cabo sólo sobre las posibles interpretaciones gramaticales del tercer párrafo del art. 4° del Cód. Penal y del argumento *a contrario sensu*. En dicho nivel, sin embargo, la cuestión no tiene una respuesta única totalmente satisfactoria. Por ello la pregunta debe ser respondida a partir del significado dogmático del derecho fundamental a la legalidad penal (art. 25.1, *CE*). Desde esta perspectiva es indudable que los derechos fundamentales son derechos de los ciudadanos y en ningún caso derechos de la sociedad o del Estado contra los ciudadanos, sea que se los conciba como derechos previos al Estado o como derechos garantizados por éste. En todo caso los derechos fundamentales son siempre un límite para el poder estatal, cuyo ejercicio el ciudadano no debe justificar; es el Estado, por el contrario, quien debe justificar su limitación[36]. La analogía *in bonam partem*, así como la creación de causas supralegales de exclusión de la punibilidad, basadas en principios generales del orden jurídico, por consiguiente, no puede vulnerar nunca el principio de legalidad.

— *b* —

225. — Resuelto este primer problema se presenta una segunda cuestión. ¿Qué significa "rigurosa aplicación de las disposiciones de la ley"?

Si el juez está vinculado al orden jurídico, y no sólo al orden legal, la aplicación de la ley no se puede desentender de la significación que la misma tenga respecto de los valores fundamentales del orden jurídico, particularmente de la justicia. Sin embargo, esta afirmación requiere ser precisada. El juez no puede hacer justicia con total independencia de la ley ni tampoco sólo según su particular percepción de la misma. Por ejemplo: un juez que entienda que la reincidencia (art. 22.8ª del Cód. Penal), tal como está configurada en el texto de la ley, no es compatible con su percepción de la justicia, está, de todos modos, obligado a la aplicación de la agravante, aunque no deberá interpretar la agravante de reincidencia establecida en la ley sin tener en

[36] Pieroth - Schlink, *Grundrechte-Staatsrecht*, 3ª ed., 1987, t. II, p. 14 y siguientes.

cuenta la mayor o menor justicia de los resultados de su interpretación. Por lo tanto, se trata de saber cómo pueden coexistir la obligación de aplicar la ley y la de tener en cuenta los valores fundamentales del orden jurídico.

226. — La clave para la respuesta la proporciona la teoría de la interpretación de la ley. Hay un punto en el que en la actualidad existe una coincidencia generalizada: toda aplicación de la ley requiere un entendimiento de la misma y un entendimiento único del texto legal está prácticamente excluido en la mayoría de los casos decisivos. Autores de muy diversa orientación, como Kelsen y Larenz, permiten documentar esta afirmación. El primero sostenía categóricamente que: "la cuestión de cuál es la posibilidad correcta dentro del marco del derecho aplicable, no es en absoluto una cuestión del conocimiento del derecho positivo" (...). "Si se debe caracterizar no sólo la interpretación, sino, en general, la interpretación del derecho por los órganos de aplicación, es preciso señalar que en la aplicación del derecho por un órgano jurídico se entrelazan la interpretación, como *conocimiento* del derecho aplicable, con *un acto de voluntad*, en el que el órgano de aplicación del derecho debe elegir entre las distintas posibilidades puestas de manifiesto por la interpretación cognitiva"[37].

227. — Larenz, por su parte, pone de manifiesto ideas similares: "El que exige de los métodos de la jurisprudencia que conduzcan a resultados absolutamente seguros en todos los casos, similares en la prueba y el cálculo a los matemáticos, confunde la esencia del derecho y, al mismo tiempo, los límites que surgen para toda ciencia jurídica de la naturaleza de su objeto: certeza matemática no existe en las cuestiones jurídicas"[38], lo que quiere decir que, por regla, no hay un entendimiento único del texto legal.

228. — De aquí surge sin fricción alguna que la ambigüedad del lenguaje legal genera la posibilidad de diversos entendimientos y

[37] Kelsen, *Reine Rechtslehre*, 2ª ed., 1960 (reimpresión de 1983), ps. 350 y 351 (las *bastardillas* son nuestras).

[38] Larenz, *Über die Unentbehrlichkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft*, 1966, p. 15.

que éstos, a su vez, son consecuencia de la diversidad de métodos con los que es posible interpretar una ley. Consecuentemente: la "aplicación rigurosa de la ley" en el sentido del art. 4°.3 del Cód. Penal es ante todo un problema de interpretación, pues este artículo, como todos, admite diversos entendimientos: si el art. 4° del Cód. Penal es una ley, su sentido dependerá de su interpretación y no puede ser identificado, sin más, con el sentido de una interpretación literal, mientras también otros métodos interpretativos tengan legitimidad metodológica. La "aplicación rigurosa de la ley", por lo tanto, no puede ser hoy más que la interpretación de la ley basada en un método interpretativo reconocido. Ello es consustancial en un sistema en el que "la elección de las alternativas interpretativas es una parte de la teoría práctica del derecho"[39]. En suma: interpretar el art. 4°.3 del Cód. Penal con el método gramatical, eliminando su significación en el sistema jurídico vigente, no es más que una posibilidad. Toda ley, por lo tanto, entendida y aplicada según un método interpretativo reconocido habrá sido aplicada rigurosamente. El art. 4°.3 del Cód. Penal no puede escapar de la interpretación de su propio texto.

229. — Se podría pensar que al exigir que el método interpretativo sea reconocido, se impide que surjan nuevos modos de interpretar las leyes. Aquí no es posible desarrollar esta cuestión, pero es factible aclarar que no es éste el sentido que se quiere acordar a la tesis sostenida. Que el método sea reconocido no quiere decir que sea dominante, sino que tenga la posibilidad de ser objeto de consenso científico y que no sea una creación *ad hoc* para el caso que el juez tiene que resolver.

Admitido que el párr. 3° del art. 4° del Cód. Penal no es una norma excluida de la interpretación, sino necesitada de interpretación, como todas, y que los jueces están sujetos a la Constitución y al resto del orden jurídico (art. 9°.1, *CE*), se plantea una nueva cuestión. ¿Qué significa que el juez está vinculado no sólo a las leyes sino a los valores superiores del orden jurídico? Partiendo del modelo de un juez cuya función le impide (aparentemente) valorar, esta tarea parece directamente incumplible. Una concepción formalista de la función de

[39] Aarnio, *Denkweisen der Rechtswissenschaft*, 1979, p. 96.

juzgar, moldeada sobre todo por la influencia del positivismo jurídico menos evolucionado, no permite admitir que la aplicación de las leyes implique alguna clase de valoración, pues se pretende que esta tarea se agote en una mera subsunción formal. Sin embargo, este modelo de aplicación de la ley no responde a las concepciones actuales de la metodología del derecho y oculta una buena parte de la realidad.

230. —La necesidad de valoración por parte del juez en el momento de la aplicación de la ley ha sido reconocida ante todo como una operación impuesta por las leyes mismas. ¿Cómo podría el juez determinar, sin valorar, la capacidad de culpabilidad, o la evitabilidad del error, o la acusada brutalidad de las lesiones o la cantidad de notoria importancia en el art. 369.3 del Cód. Penal? En todos estos casos, como en muchos otros, la dificultad consiste en que ninguno de estos elementos legales se dan "en el mismo modo directo que los objetos de una percepción sensorial"[40]. En estos casos es legítimo preguntarse "¿cómo puede el juez fundamentar su juicio de valor?"[41]. La respuesta no ofrece dudas: "Aquí sólo será de significación que el juez no dependa sólo de su propia visión valorativa, sino que aplique los criterios valorativos elaborados y considerados vinculantes por la comunidad, cuyo derecho el juez aplica como órgano"[42].

Pero, el desarrollo moderno de la hermenéutica va más lejos todavía, pues ha permitido comprobar que los cánones interpretativos tradicionales no pueden garantizar una completa exclusión de preconceptos que, en principio, también se deberían excluir de la aplicación de la ley según el punto de vista recién expuesto de Larenz. La ciencia moderna del derecho, por el contrario, no ha podido permanecer al margen de un desarrollo filosófico basado en la "metáfora del texto"[43], precisamente porque la ciencia jurídica es, en su punto de partida, una ciencia estrechamente vinculada a la comprensión de

[40] Larenz, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 1960, p. 217; ídem, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft (Studienausgabe)*, 1983, p. 166 y siguientes.

[41] Larenz, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 1960, p. 218. En sentido similar, Vallet de Goytisolo, *Metodología jurídica*, 1988, p. 398 y siguientes.

[42] Larenz, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 1960, p. 218.

[43] Albert, *Kritik der reinen Hermeneutik*, 1994, p. 36: "Se trata de un paso hacia una filosofía, cuyo objeto no es ya el texto, sino en la que la metáfora del texto se extiende a todo el mundo".

textos. En la medida en la que la comprensión del texto legal por el intérprete se da no sólo como un comportamiento del sujeto que interpreta, sino que tiene lugar en todo el contexto existencial del mismo, es inseparable de su experiencia del mundo y puede ponerse en duda que algún método pueda modificar esta situación[44].

231. — Los métodos clásicos de interpretación, por lo tanto, han sufrido en los últimos tiempos una importante transformación. Josef Esser pone la nueva problemática de manifiesto cuando afirma que: "los esfuerzos por limitar el entendimiento del derecho *(Rechtsgewinnung)*, también en el derecho constitucional, a la interpretación lógica, histórica o sistemática de la ley y de disciplinarlo mediante estos métodos, se enfrentan con las cuestiones justificadas de, por un lado, si esto no es otra cosa que un desplazamiento hacia lo inconsciente o lo irreflexivo de las consideraciones excluidas, y, por otro, de si no es preferible la contrapropuesta racional de disciplinar las consideraciones valorativas en sí mismas"[45].

232. — Esser admite que el reconocimiento de esta situación suele provocar reservas, pues se piensa que de esta manera se abre a cada intérprete la posibilidad de presentar sus propias concepciones como una racionalización de determinadas ideas político-jurídicas: "Sin embargo —replica—, la transparencia y, con ella, la criticabilidad de tales actos valorativos es mayor cuando se los expone honestamente que cuando se reemplaza su exposición por su ocultamiento o por giros dogmáticos de carácter formal"[46]. Y concluye: "el *monitum* de la actitud conservadora-normativa, según el cual el juez, que introduce sus propias valoraciones, necesariamente traiciona su función de aplicador del derecho, se apoya en la idea carente de realidad de que las normas pueden ser aplicadas sin una valoración adicional"[47].

[44] Gadamer, *Wahrheit und Methode*, 4ª ed., 1975, p. 250 y siguientes.

[45] Esser, *Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung*, 1972, p. 36; también Larenz, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft (Studienausgabe)*, 1983, ps. 302 y siguientes.

[46] Esser, *Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung*, 1972, p. 36.

[47] Esser, *Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung*, 1972, p. 36.

233. — Estas conclusiones son aceptadas incluso por un crítico de la filosofía hermenéutica pura como Hans Albert[48], que concibe la ciencia del derecho, antes que como una ciencia normativa, como una disciplina "tecnológico-social"[49].

Sin embargo, esta tecnología social no elimina el elemento hermenéutico[50] ni tampoco "excluye los puntos de vista finalistas o valorativos que pueden ser introducidos en la discusión de problemas jurídicos (...), pero estos puntos de vista (por ejemplo, las "exigencias de justicia" mencionadas por Neumann) tienen que ser explicitados y transpuestos en elementos operativos *(leistungsmerkmale)* para el sistema tecnológico correspondiente"[51]. De esta manera se explica, según Albert, que la interpretación sea "productiva", en el sentido de poner en juego nuevas normas, "sin exponerse al reproche de superar los límites impuestos, dado que sus afirmaciones en este sentido tienen carácter cognitivo e hipotético y están al mismo tiempo sometidas a las habituales comprobaciones críticas de la idea regulativa de verdad"[52].

234. — Todo esto demuestra que un concepto realista de la "aplicación rigurosa de la ley" nunca podrá excluir las consideraciones previas del juez referentes a la justicia, el orden, el deber, el sentido de la ley, etcétera, pues incluso el juez que quiera limitarse a un entendimiento literal de los textos legales hace ya una opción interpretativa que tiene implicaciones respecto de estos conceptos, y que no tiene su apoyo en la ley misma: "Sin un preconcepto sobre la necesidad del orden y la posibilidad de la solución, el lenguaje de la norma no puede expresar lo que se le pregunta, es decir, la solución correcta"[53].

Más aún, la propia interpretación gramatical o literal tiene una técnica expresada en diversos cánones interpretativos que, indudablemente, operan también como preconceptos de la interpretación y que demuestran que no existe ningún método interpretativo que

[48] Albert, *Kritik der reinen Hermeneutik*, 1994, p. 36.
[49] Albert, *Kritik der reinen Hermeneutik*, 1994, p. 185 y siguientes.
[50] Albert, *Kritik der reinen Hermeneutik*, 1994, p. 191.
[51] Albert, *Kritik der reinen Hermeneutik*, 1994, p. 191.
[52] Albert, *Kritik der reinen Hermeneutik*, 1994, p. 189.
[53] Esser, *Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung*, 1972, p. 137.

permita escapar a los preconceptos que orientan y definen la interpretación de un texto legal[54].

235. — Por lo tanto: el concepto de "aplicación rigurosa de la ley" no sólo no excluye la interpretación de la ley, sino que requiere una consideración referente a los valores fundamentales del orden jurídico, sin la que la interpretación no sería posible[55].

Esta conclusión demuestra que la cuestión de si el juez en el caso concreto se debe limitar a una interpretación que deje en manos del Ejecutivo una especie de corrección de equidad de su sentencia o si, por el contrario, debe extremar las posibilidades interpretativas para lograr una solución justa del caso concreto, depende básicamente de un determinado preconcepto sobre la división de poderes y, por lo tanto, de los límites de las facultades del Poder Judicial en un marco constitucional específico, lo que, a su vez, constituye un problema hermenéutico, que también se apoyará en otros preconceptos necesarios para la interpretación de la Constitución.

Todo lo dicho tiene consecuencias prácticas relevantes para la función del juez penal.

— *a* —

236. — Al art. 4º.3 del Cód. Penal le queda, a la luz de nuestras conclusiones, un margen mínimo de aplicación, pues el juez sólo debe hacer uso de estas facultades cuando ningún método interpretativo de la ley le permita llegar a una solución compatible con los valores superiores del ordenamiento jurídico[56]. En este sentido, el tribunal o el juez se podrán dirigir al Poder Ejecutivo (en realidad se debería di-

[54] Schleiermacher, *Hermeneutik und Kritik*, 1838, ed. de N. Frank, 1977, p. 101 y ss. donde se exponen los diferentes cánones clásicos de la interpretación gramatical.

[55] Cfr. en la doctrina española: Vallet de Goytisolo, *Metodología jurídica*, 1988; Bacigalupo, *I dogmi della dogmatica penale*, en "Dei delitti e delle pene", nº 2, 1983, p. 245 y ss.; ídem, *Delito y punibilidad*, 1983, p. 13 y ss.; Atienza, en "Revista Española de Derecho Administrativo", nº 85, 1995, p. 5 y siguientes.

[56] Cfr. *STS* del 21/4/92 (rec. 1514/88). Sin embargo, en los precedentes actuales del Tribunal Supremo continúa el predominio del antiguo entendimiento del art. 2º.2 del Cód. Penal, sobre todo en relación a la cuestión de la aplicación de la agravante de reincidencia (art. 22.8ª, Cód. Penal) y a los efectos de la vulneración del derecho a un juicio sin dilaciones indebidas.

rigir al Legislativo) promoviendo la desincriminación de una conducta. En estos casos se tratará siempre de una discrepancia frente a la idea básica de la política criminal legal, dado que cuando el tribunal no discrepe respecto de la protección penal del bien jurídico, prácticamente siempre dispondrá de los poderes interpretativos para reducir teleológicamente el alcance de la ley a los casos en los que se evidencie el contenido criminal que justifique la aplicación de la ley penal. Ejemplo de esta situación sería el caso de un tribunal que pensara que el tráfico de ciertas drogas no debería ser punible. En tal supuesto cabría promover una reforma de la ley. Por el contrario, si el tribunal está de acuerdo con la punibilidad del hecho, pero cree que en el caso concreto éste no tiene el contenido de ilicitud necesario para justificar la aplicación de una pena, debe elaborar los criterios interpretativos que permitan excluir la tipicidad, generalizándolos a todos los casos similares o análogos. En esta interpretación del contenido de ilicitud requerido por la ley el tribunal debe tener en cuenta la gravedad de la pena amenazada: una pena muy grave requiere en todo caso un ilícito muy grave, pues la ley está sujeta internamente al principio de proporcionalidad, que es la consecuencia mínima surgida del valor superior de la justicia.

— *b* —

237. — En segundo lugar, del texto del art. 4°.3 del Cód. Penal, el tribunal se debe dirigir al Ejecutivo cuando la pena fuere notablemente excesiva atendiendo al grado de malicia y al daño causado por el delito. En este supuesto cabe pensar en casos en los que el autor hubiera obrado de una manera poco reprochable y la pena aplicable debería superar la proporcionalidad debida respecto de la culpabilidad por el hecho. En tales supuestos, sin embargo, el tribunal no debe renunciar a sus facultades para determinar la pena adecuada a la culpabilidad, pues ello es un presupuesto necesario de la vinculación del juez al orden jurídico y a su valor superior de justicia. Dicho con otras palabras: un tribunal sólo juzgará en el sentido del art. 117 de la *CE* si aplica una pena justa (o sea, adecuada a la culpabilidad por el hecho); por el contrario no lo hará cuando se limite y desplace la cuestión de la justicia a una decisión discrecional del Ejecutivo, como si no existiera el art. 9°.1 de la *CE* que lo vincula al orden jurídico y a sus valores superiores. Si el tribunal entiende que el sistema del art.

66 del Cód. Penal le impide, agotadas todas las posibilidades interpretativas, aplicar una pena justa, en el sentido antes expuesto, debe plantear la cuestión de inconstitucionalidad de este artículo y de todos cuantos se lo impidieran, pero en ningún caso remitir la cuestión a la discrecionalidad del Ejecutivo[57].

238. — Consecuentemente, el supuesto de "pena notablemente excesiva" por inadecuación a la reprochabilidad (malicia y daño causado) ha quedado, en realidad, derogado tácitamente por la Constitución y su sistema de la división de poderes. Fuera de estos casos sólo cabría pensar en supuestos en los que el legislador, en abstracto, no hubiera respetado la proporcionalidad entre la gravedad del hecho y la pena amenazada. Por ejemplo: una ley que estableciera una pena idéntica para la realización dolosa de un tipo de lesión y para la imprudente que sólo produjera un peligro abstracto para el bien protegido. Pero, también, en este caso, antes de aplicar la ley el tribunal deberá plantear la cuestión de inconstitucionalidad (art. 35 y ss., *LOTC*), pues también el legislador está vinculado a los valores superiores del orden jurídico (art. 9º.1, *CE*)[58].

239. — El resultado de la investigación se puede resumir de la siguiente manera: los conflictos entre la ley penal y los valores superiores del orden jurídico constituyen una cuestión de constitucionalidad de la ley y no un problema que el Ejecutivo pueda resolver discrecionalmente mediante el uso del derecho de gracia. En tal contexto el art. 4º.3 del Cód. Penal es indudablemente una pieza extraña al sistema constitucional vigente y su pervivencia en el Código Penal puede tener por efecto, según se lo interprete, una inexplicable limitación de las funciones judiciales en favor de poderes del Ejecutivo en materias que no le son propias. A los jueces corresponde interpretar el art. 4º.3 del Cód. Penal de tal manera que, si pervive en el derecho

[57] Ver *STC* 65/86, en la que se establece que "las cuestiones relacionadas con la medida de la pena y la culpabilidad sólo se podrían plantear (...) cuando la gravedad de la pena atribuida al condenado fuese superior a la legalmente imponible en relación a la gravedad de la culpabilidad". En el mismo sentido: *STC* 150/91.

[58] Ver *STC* 65/86 referente a la diversidad de las penas conminadas por el Código Penal después de la reforma de 1983 (*LO* 3/83).

vigente, su contenido se adapte al sistema constitucional. Para ello existe la técnica de la interpretación "conforme a la Constitución", que impone el art. 5° de la *LOPJ*.

— § 20 —

LAS CONSECUENCIAS PRACTICAS DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD

a — "Lex certa"

240. — El principio de legalidad impone sus exigencias no sólo al juez que aplica la ley, sino también al Parlamento que la dicta. En otras palabras: del principio de legalidad surgen consecuencias para el dictado de la ley y para su aplicación. Las exigencias referentes al Parlamento tienen por objeto reducir al mínimo razonable la posibilidad de decisión personal de los tribunales en la configuración concreta del hecho que se prohíbe. El cumplimiento de estas exigencias por parte de la ley dictada por el Parlamento es presupuesto de la eficacia de la función garantizadora de la ley penal. En este sentido, la ley dictada por el Parlamento sólo cumplirá con el principio de legalidad si contiene una descripción de las prohibiciones y de las sanciones previstas para su violación que pueda considerarse exhaustiva. En principio, serán exhaustivas aquellas disposiciones que contengan todos los presupuestos que condicionan la pena y determinen la consecuencia jurídica.

241. — La cuestión de cuándo un precepto contiene todos los presupuestos que condicionan la pena puede ser contestada desde dos puntos de vista distintos, según que se piense que se trata de una enumeración expresa de los elementos, o bien que se admita que ésta puede ser implícita. En este último caso estaría cumplida la exigencia del principio de legalidad siempre que la ley brindara los criterios que permitieran deducir el elemento de la infracción de que se trate. Así por ejemplo, está implícito en las leyes penales cuáles son los elementos del dolo y cuáles los conocimientos que debe haber tenido el autor. Bajo estas condiciones, la opinión dominante tiene por

cumplidas las exigencias del principio de legalidad cuando algunos elementos de la descripción de la infracción se dan sólo implícitamente en el texto.

Asimismo se tienen por cumplidas las exigencias de exhaustividad del principio de legalidad aunque el legislador utilice elementos normativos, es decir, elementos que requieren valoraciones judiciales. Por ejemplo: "obscenidad" en el art. 185 del Código Penal.

242. — Se piensa que estos elementos, a diferencia de los descriptivos[59], otorgan una mayor libertad al juez, "pues requieren de una valoración para disponer de contenido aplicable"[60], pero que el legislador espera que el magistrado no aplique sus valores personales, sino los generales morales de la sociedad. La cuestión es discutible. En realidad, la distinción entre elementos normativos y descriptivos debería reemplazarse por otra en la que se reconociera que también los elementos descriptivos requieren valoraciones para su comprensión y que, por lo tanto, la diferencia no es tan considerable como se pensó.

243. — La teoría admite también como compatible con el principio de legalidad un cierto grado de generalización del texto legal; no es necesario, para dar cumplimiento a la exigencia de determinación legal, que la ley se mantenga en un casuismo estricto. Sin embargo, el grado de generalización admisible reconoce límites a partir del momento en que la disposición legal se convierte en una cláusula general. La generalización se torna, por tanto, inadmisible cuando ya no permite al ciudadano conocer qué está prohibido y qué está permitido. Tal es el caso de una disposición que dijera: "El que culpablemente infringe los principios del orden social democrático o socialista o comunista será sancionado"[61]. De esta manera, "ni el ciudadano puede saber lo que debe hacer u omitir, ni el juez puede reconocer lo que debe sancionar"[62].

[59] Cfr. *infra*, Cap. V, § 40.

[60] Jescheck, *Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil*, 3ª ed., 1978, p. 102.

[61] Welzel, *Das neue Bild des Strafrechtssystems*, 4ª ed., Göttingen, 1961, p. 15 (hay traducción española: *El nuevo sistema del derecho penal*, tr. José Cerezo Mir, 1964).

[62] Welzel, *Das neue Bild des Strafrechtssystems*, 4ª ed., 1961, p. 15.

244. — El Tribunal Constitucional ha tratado el problema de las cláusulas generales, en relación al principio de legalidad penal, con referencia al art. 391.2 del Cód. de Justicia Militar (hoy derogado), que sancionaba penalmente el "incumplimiento de deberes militares" sin más especificación. El Tribunal sostuvo al respecto (*STC* 133/87) que no cabía apreciar en esta disposición una vulneración del principio de legalidad por dos razones: en primer lugar, porque dicho artículo se puede aplicar determinando su contenido en el "contexto legal y jurisprudencial"; en segundo lugar, porque no impedía al ciudadano la programación de sus comportamientos sin temor a injerencias imprevisibles del ordenamiento sancionador del "Estado", dado que el deber infringido, en el caso concreto, estaba entre "los deberes más evidentes".

Esta argumentación ofrece múltiples reparos, pues toda cláusula general puede ser aplicada mediante un proceso de concreción, pero ello no garantiza la concreción previa al hecho que es la esencia del principio de legalidad. Por otra parte, la categoría "deberes militares" no resulta tan evidente como lo afirma el Tribunal Constitucional; por lo pronto, en el caso concreto juzgado por la *STC* 133/87, el deber infringido (deber de no cometer contrabando) es un deber general que nada tiene de específicamente militar.

245. — Con mayor acierto se trató esta cuestión por el Tribunal Constitucional en relación al anterior art. 509 del Cód. Penal (*STC* 105/88). En ella se afirmó que "el cumplimiento del mandato del art. 25 de la *CE* exige una descripción de las conductas, acciones u omisiones constitutivas del delito, que cumpla las exigencias del principio de seguridad jurídica, lo que impide considerar comprendidos dentro del citado precepto constitucional a los tipos formulados en forma tan abierta que su aplicación o inaplicación dependa de una decisión prácticamente libre y arbitraria, en el estricto sentido de la palabra, de los jueces y tribunales".

b — "Lex stricta"

246. — La teoría y la práctica admiten en forma generalmente unánime que una consecuencia fundamental del principio de legalidad es la *prohibición de la analogía.*

La analogía suele distinguirse de la interpretación extensiva; mientras ésta importa la aplicación más amplia de la ley hasta donde lo consiente el sentido literal de la misma, se entiende por analogía la aplicación de la ley a un caso similar al legislado pero no comprendido en su texto (art. 4º.1, Cód. Penal).

247. — Un amplio consenso científico estima que la prohibición de la analogía *sólo rige cuando se trate de la llamada analogía "in malam partem"*, es decir, la que resulte extensiva de la punibilidad. La analogía *in bonam partem*, por el contrario, estaría legitimada en la interpretación de la ley penal. Ello es consecuencia de que el derecho fundamental a la legalidad (art. 25.1, *CE*) *nunca* puede resultar vulnerado cuando se favorece al acusado. Por tanto, una interpretación que extendiera analógicamente las circunstancias atenuantes o excluyentes de la responsabilidad sería inobjetable. La teoría que considera que el error sobre los presupuestos de una causa de justificación es una especie de error que contiene elementos del error de tipo y del error de prohibición, sin tener totalmente lo uno ni lo otro, propone actualmente la aplicación analógica a estos casos de las reglas del error de tipo (que son más benignas), lo que es compatible con la prohibición de la analogía sólo *in malam partem*[63]. Sin embargo, la cuestión es discutida en la doctrina española, donde algunos autores no reconocen la analogía *in bonam partem*[64].

Por otra parte, es discutido el verdadero significado que se debe dar a la prohibición de la analogía. Se podría entender que, en realidad, la prohibición de la analogía impide un tratamiento igualitario de casos que presentan idéntico merecimiento de pena[65]. A esto se ha respondido que el legislador sólo quiere un tratamiento igualitario de las acciones que él declara punibles[66]. Esta última opinión es la que se ha impuesto.

[63] Stratenwerth, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 1971, t. I, nº 496 y siguientes.

[64] Córdoba Roda, en Córdoba Roda - Rodríguez Mourullo, *Comentarios al Código Penal*, 1972, t. I, p. 56 y siguientes.

[65] Exner, *Gerechtigkeit und Richteramt*, 1922, p. 39 y ss.; Sax, *Die strafrechtliche Analogieverbot*, 1953.

[66] En este sentido, Schmidt, en Liszt, *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, 1932, 26ª ed., p. 110.

248. — Pero, aun cuando se mantenga el principio de la prohibición de la analogía, hay diversidad de pareceres respecto de la distinción entre interpretación admitida y analogía prohibida. Dándose primacía a la interpretación teleológica, se ha afirmado que la analogía puede tener significación en forma indirecta en la fundamentación de la punibilidad[67]. Sin embargo, esta interpretación analógica tolerada tendría sus límites en el "sentido literal posible del texto".

249. — La fórmula del "sentido literal posible del texto" no resuelve el problema de forma totalmente satisfactoria. Así, partiendo de que toda interpretación requiere analogía, se sostiene que "la analogía no es sino un procedimiento habitual de discusión de la lógica jurídica, que es utilizada en el derecho penal de la misma manera que en todo el derecho y no sólo *in bonam partem*"[68].

De aquí que la prohibición de la analogía se debería entender como la exclusión de la analogía "con el fin de creación de nuevo derecho"[69], con lo que la reducción del significado de la prohibición de la analogía es indudable.

250. — Otros autores señalan la impotencia de la fórmula para limitar la discrecionalidad judicial[70] y piensan que la prohibición de la analogía no es una garantía segura para el súbdito de derecho[71]. Por lo tanto, la cuestión de la analogía no podría sino depender de la propia opinión del intérprete sobre el texto: "Donde el intérprete piensa que ya no se trata de la interpretación de la ley sino de la analogía, tendrá que admitir la existencia de una laguna en la ley y, en consecuencia, opina, según su consciente convicción, que la vinculación a la ley hace esta interpretación necesaria, entonces la proposición jurídica así entendida tendrá la consecuencia de que él (como juez) deberá sancionar al autor"[72].

67 Mezger, *Strafrecht, ein Lehrbuch*, 3ª ed., 1949, p. 84.

68 Jescheck, *Lehrbuch des Strafechts, Allgemeiner Teil*, 3ª ed., 1978, p. 106.

69 Jescheck, *Lehrbuch des Strafechts, Allgemeiner Teil*, 3ª ed., 1978, p. 106.

70 "Los ejemplos nos muestran que la jurisprudencia, también aquí, hace posible lo imposible" (Schmidhäuser, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 2ª ed., 1975, p. 112).

71 Schmidhäuser, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 2ª ed., 1975, p. 112.

72 Schmidhäuser, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 2ª ed., 1975, p. 112

251. — Los puntos de vista de Jescheck y Schmidhäuser son evidentemente realistas, en cuanto a las dificultades que la prohibición de la analogía tiene para su realización práctica. Sin embargo, son criticables en tanto eliminan toda posibilidad de control de la interpretación de la ley por parte de los tribunales. Es preferible, por consiguiente, el punto de vista de Stratenwerth[73] según el cual "sólo una precisa descripción de la idea fundamental de la ley, orientada al correspondiente hecho tipificado en su ilicitud y culpabilidad, puede definir los límites de la interpretación admisible".

252. — El Código Penal español contiene en su art. 4°.1 una disposición cuya aplicación se podría vincular a la prohibición de la analogía. En su primer apartado dice que las leyes penales no se aplicarán a casos distintos de los comprendidos expresamente en ellas. En el art. 4°.2 agrega, en igual sentido, que "en el caso de que un tribunal tenga conocimiento de algún hecho que estime digno de represión y que no se halle penado por la ley, se abstendrá de todo procedimiento sobre él...". El Tribunal Supremo ha entendido en ocasiones que esta disposición determina que "en materia de derecho penal, por su carácter represivo, toda interpretación extensiva es arbitraria"[74].

253. — Desde nuestro punto de vista, el Código no se refiere en su art. 4°.1 y 2 a la interpretación extensiva sino, en todo caso, a la analógica. Debe reconocerse, sin embargo, que esta disposición no es suficientemente clara y, al no referirse a la similitud (analogía) de los "hechos dignos de represión" con los contenidos en el Código, podría entenderse también como referida a una situación ajena al problema de la prohibición de la analogía. De todos modos, aunque se la refiera a la prohibición de la analogía, no aportaría nada a la solución del problema teórico de base, es decir, a una caracterización segura de los límites de la interpretación aceptable en el derecho penal.

[73] Stratenwerth, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 3ª ed., 1981, t. I, n° 100. Cfr. también Jakobs, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 1983, p. 73; Schünemann, *¿Nulla poena sine lege?*, 1978, p. 17; Bacigalupo, en "Anuario de Derechos Humanos", n° 2, 1982, p. 11 y siguientes.

[74] *SSTS* del 5/4/46; 22/6/34; 4/6/45; 6/3/65; 15/3/65; 22/2/66. Cfr. Córdoba Roda, en Córdoba Roda - Rodríguez Mourullo, *Comentarios al Código Penal*, 1972, t. I, art. 2°.

254. — El Tribunal Supremo se ha referido a esta problemática en la sentencia del 7 de noviembre de 1987 en la que sostuvo que el verbo "yacer" del antiguo art. 429 del Cód. Penal no alcanzaba al acceso carnal violento con mujer realizado *"contra natura"*. Aplicarlo a tales casos no resultaría, en consecuencia, cubierto por el texto legal del art. 429 del Cód. Penal de 1973. Este punto de vista era sumamente discutible. No había en realidad razón gramatical alguna para limitar el significado del verbo "yacer", que en principio no estaba utilizado en sentido estricto en el texto legal, a una forma determinada de yacimiento, excluyendo otras que desde el punto de vista de la protección del bien jurídico eran igualmente merecedoras de pena.

255. — El Tribunal Supremo, por otra parte, no era tan estricto en la limitación del sentido del texto en otros delitos. Así, por ejemplo, en la interpretación del concepto "violencia" en el delito de coacciones (art. 172, Cód. Penal). En este sentido, el Tribunal Supremo extiende el término "violencia" a la *vis* compulsiva ejercida contra el sujeto pasivo de modo directo o indirecto a través de las cosas e, incluso, de terceras personas (*SSTS* del 2/2/81; 25/5/82; 3/7/82 y 25/3/85). Probablemente también se apoya en una generalización que excede los límites del principio de legalidad la interpretación que hace el Tribunal Supremo del "escalamiento" (art. 238.1°, Cód. Penal) en el delito de robo (cfr. *SSTS* del 15/2/58 y 29/1/76, en las que se estima la concurrencia de la circunstancia en casos de simple uso de "habilidad o destreza").

256. — Hay autores que consideran que se vulnera la prohibición de la analogía cuando el legislador recurre a una tipificación casuística acompañándola de la fórmula "y casos análogos" o "y casos similares"[75]. En tales casos, sin embargo, se trata de una cuestión que no se refiere técnicamente a la aplicación de la ley, sino al cumplimiento por parte del legislador del mandato de descripción precisa y exhaustiva del hecho punible, es decir, de determinación de la punibilidad (ver *supra* § 18).

[75] Fiandaca - Musco, *Diritto penale*, 2ª ed., 1989, ps. 89 a 90.

c — "Lex scripta": la ley como única fuente del derecho penal

257. — Otro aspecto del principio de legalidad es la prohibición de fundamentar la punibilidad en el derecho consuetudinario. Esto se puede expresar de otra manera, sosteniendo que la ley formal es la única fuente del derecho penal. Así se entiende el sentido de los arts. 9°.3 y 25.1 de la *CE*. Las ambigüedades que podrían surgir del texto de las disposiciones citadas se despejan en el art. 53.1, que establece que los derechos y libertades que consagra el Capítulo Segundo del Título I (derechos fundamentales) sólo podrán regularse por ley, y en el art. 82.1, que determina la indelegabilidad de la potestad legislativa sobre los derechos fundamentales y las libertades públicas[76].

258. — La exclusión del derecho consuetudinario rige (como la prohibición de la analogía) en la fundamentación de la punibilidad. Su aplicación *in bonam partem* es reconocida, en principio, como legítima[77]. La cuestión del derecho consuetudinario es discutida, sin embargo, en cuanto a su extensión. Hay una tendencia a limitar esta exclusión sólo a los tipos de la Parte Especial, pero a admitir el derecho consuetudinario en toda su extensión (¡inclusive *in malam partem*!) en la Parte General[78]. En este sentido, la extensión de una eximente legal (su caracterización como causa de justificación, como causa de inculpabilidad o como excusa absolutoria) se podría fundamentar suficientemente en el uso reiterado y constante que de ella haya hecho la jurisprudencia.

259. — En verdad, la Parte General del derecho penal, tal como actualmente se la reconoce, se ha desarrollado como una verdadera creación del derecho judicial[79] y ello permite afirmar que las "contri-

[76] Cobo del Rosal - Boix Reig, en *Comentarios a la legislación penal*, Cobo del Rosal (dir.), 1982, t. I, p. 151 y ss.; Rodríguez Ramos, *Comentarios a la legislación penal*, Cobo del Rosal (dir.), t. I, p. 299 y siguientes.

[77] Hirsch, en *Leipziger Kommentar*, 9ª ed., § 51, nota previa n° 28.

[78] Welzel, *Das deutsche Strafrecht*, 11ª ed., 1969, p. 23; Eser, en Schönke - Schröder, *Strafgesetzbuch, Kommentar*, (18ª ed., por Theodor Lenckner, P. Cramer, A. Eser y W. Stree), 1976, n° 26.

[79] Stratenwerth, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 3ª ed., 1981, t. I, n° 95 y siguientes.

buciones de la jurisprudencia y la ciencia al estado de validez fáctica del derecho tienen poca calidad desde el punto de vista de su validez, pues la jurisprudencia puede abandonarlas en cualquier momento"[80]. La cuestión se debe responder negativamente en relación a la Parte Especial, es decir, a la creación consuetudinaria de tipos penales no contenidos en la ley formal. Con respecto a la Parte General no cabe admitir el derecho consuetudinario *in malam partem*[81] pero, en principio, será admisible *in bonam partem*.

260. — Vinculado a la cuestión de la ley como única fuente del derecho penal se encuentra el problema de la jerarquía normativa que se requiere para las leyes penales en la Constitución española. Con la *STC* 140/86 quedó decidido que las leyes penales que impongan penas privativas de la libertad deben tener el carácter de leyes orgánicas (art. 81.1, *CE*), pues esta materia constituye un desarrollo de derechos fundamentales, concretamente del derecho a la libertad (art. 17.1, *CE*). La tesis se debería haber extendido a todas las penas criminales, dado que, cuanto menos, todas afectan el derecho al honor[82]. El Tribunal Constitucional, en realidad, al referir la cuestión a los derechos afectados por las penas ha planteado el problema de una manera errónea, de modo que puede llegarse a limitaciones inadecuadas del principio de legalidad. Lo aconsejable hubiera sido reconocer que el art. 25.1 de la *CE* contiene un derecho fundamental a no ser sancionado sino por hechos previamente sancionados en una ley y que toda ley que imponga penas afecta tal derecho.

d — "Lex praevia"

261. — La tercera prohibición contenida en el principio de legalidad se refiere a la retroactividad de la ley penal. El principio de lega-

[80] Schreiber, en *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 2ª ed., 1977, § 1, nº 20.

[81] Schreiber, en *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 2ª ed., 1977, § 1, nº 20.

[82] Cobo del Rosal - Boix Reig, en *Comentarios a la legislación penal*, Cobo del Rosal (dir.), 1982, t. I, p. 217 y ss.; sobre la *STC* 140/86 ver también Rodríguez Mourullo, en *LLespañola*, 1987-1-68 y siguientes.

lidad prohíbe una aplicación retroactiva. En la práctica, esta consecuencia del principio de legalidad conduce al problema de los límites de la ley penal. Concretamente se discute si las disposiciones referentes a la *prescripción* están amparadas por la prohibición de aplicación retroactiva o si quedan fuera de ésta. La circunstancia de que las reglas referentes a la prescripción estén incorporadas al texto del Código Penal no brinda un criterio adecuado de distinción. La inclusión de una disposición en el Código Penal no determina su naturaleza ni es suficiente indicio para establecer la voluntad del legislador.

262. — En principio, la prohibición de irretroactividad de la ley sólo requiere la existencia de una ley previa (art. 1°, Cód. Penal). De allí no se deduce indubitablemente si la garantía se refiere a la punibilidad o incluye también a la perseguibilidad. La respuesta depende de la naturaleza jurídica que se otorgue a la prescripción. Los que la conciben como una institución del derecho penal material[83] se inclinarán necesariamente por la vigencia de la garantía respecto de la prescripción y, por consiguiente, considerarán lesiva del principio de legalidad la aplicación a un hecho de la extensión de los plazos de prescripción dispuestos en una ley posterior al mismo. Distinto será el parecer de quienes consideran a las reglas referentes a la prescripción como ajenas al derecho penal material: pueden admitir la aplicación retroactiva de nuevos plazos de prescripción. La cuestión es muy debatida en la teoría.

263. — La prohibición de aplicación retroactiva de la ley penal alcanza no sólo a las penas, sino también a las medidas de seguridad (art. 1°.2, Cód. Penal). La cuestión parece clara en la Constitución, que en su art. 25.1 se refiere a que "nadie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito". Al distinguir entre "condenar" y "sancionar" en este artículo y reiterar en el art. 9°.3 que "la Constitución garantiza... la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales", queda despejada toda duda respecto de la ley que debe regir en materia de medidas de seguridad.

[83] Liszt - Schmidt, *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, 1932, ps. 451 y 452.

En el derecho alemán, por el contrario, el § 2 del *StGB* establece que las medidas de seguridad se aplicarán según la ley vigente en el momento de dictarse la sentencia.

e — Cuestiones especialmente debatidas sobre el alcance del principio de legalidad

264. — Así entendido el fundamento del principio de legalidad se plantean algunas cuestiones que dividen las opiniones en cuanto al alcance del mismo en las zonas límites del derecho penal.

— *a* —

265. — En primer lugar, la cuestión referente al significado de los plazos de prescripción, respecto de los cuales se ha cuestionado la aplicación de la prohibición de aplicación retroactiva[84]. La pertenencia de estos plazos a la ley penal o la ley procesal penal ha estado condicionada por la ambigüedad de su naturaleza jurídica. Como es sabido, la prescripción ha sido entendida, por una parte, como instituto del derecho penal material, pero también como propia del derecho procesal o, por último, ha sido caracterizada también como mixta (penal-procesal). Sin embargo, la validez del principio de legalidad y, por lo tanto, de la prohibición de aplicación retroactiva de la ley penal, no debe depender de estas clasificaciones, sino de su relación con los fundamentos y fines del principio de legalidad. Desde esta perspectiva es indudable que una ampliación de los plazos de prescripción vigentes en el momento del hecho por una ley posterior a éste no debe ser aplicada retroactivamente, pues ello afectaría de una manera decisiva la garantía de objetividad en la medida en la que implica, en la práctica, una ley destinada a juzgar hechos ya ocurridos, ampliando para ello el poder penal del Estado[85].

[84] Jakobs, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 2ª ed., 1991, ps. 67 y ss.; Roxin, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 1992, t. I, p. 85 y ss.; Schreiber, *Gesetz und Richter*, 1975, p. 213; Schünemann, *¿Nulla poena sine lege?*, 1978, p. 25; Tiedemann, *Verfassungsrecht und Strafrecht*, 1991, p. 38 y ss.; Troendle, en *Leipziger Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 10ª ed., § 2, 14.

[85] Jakobs, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 2ª ed., 1991, p. 68; similar Roxin, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 1992, t. I, p. 86. En los resultados coincide la teoría dominante.

266. — El punto de vista contrario se apoya en otro entendimiento del principio de legalidad, que pone en primera línea la protección de la confianza del autor potencial y excluye su significación como limitación objetiva del poder del Estado[86]. A partir de tales premisas se justifica una aplicación retroactiva de la ley penal precisamente porque la confianza en los límites de la perseguibilidad de un hecho punible no sería merecedora de protección constitucional. Este punto de vista, sostenido por el Tribunal Constitucional Federal alemán[87], impone una relativización difícilmente tolerable de los principios del Estado de derecho en función de una aplicación preponderante de razones de justicia material, que podrían desplazar la seguridad jurídica hasta anularla. Ello se percibe en el pasaje de la sentencia del Tribunal alemán citada en la que se sostiene que "al Estado de derecho no sólo corresponde la seguridad jurídica, sino también la justicia material (...). Si la seguridad jurídica choca con la justicia, es tarea del legislador decidirse por una u otra (...). Si ello tiene lugar sin arbitrariedad, su decisión no puede ser objetada constitucionalmente".

267. — Esta interpretación no resulta aceptable en el marco de la Constitución española, toda vez que si bien la justicia es uno de los valores superiores del ordenamiento jurídico (art. 1°.1, *CE*), lo es junto a la libertad. Esto significa que el valor justicia no puede reducir al valor libertad de una manera tan considerable que éste resulte anulado. Por este motivo, el art. 9°.3 de la *CE* establece de una manera general que las disposiciones restrictivas de derechos individuales no serán retroactivas, aunque, como es claro, por regla general tales restricciones podrán ser justas. El carácter limitativo de derechos fundamentales de las normas referentes a la prescripción, por lo demás, no debería ser puesto en duda a partir del art. 9°.3 de la *CE*, dado que afectan por lo menos a la libertad.

— *b* —

268. — La garantía del origen democrático (parlamentario) del derecho penal y de objetividad del mismo en el sentido antes expues-

[86] Cfr. al respecto: Tiedemann, *Verfassungsrecht und Strafrecht*, 1991, p. 39.
[87] Cfr. *BVerfGE* 25, p. 269.

to se manifiesta en la solución de las cuestiones referentes al funcionamiento de la prohibición de la analogía o de generalización en el ámbito de las causas de justificación. En la doctrina se ha subrayado que el reconocimiento de causas de justificación no escritas amplía la punibilidad para aquel que se opone al ejercicio de las mismas; paralelamente, la interpretación restringida más allá del texto de una causa de justificación reconocida extiende la punibilidad de aquel que pretenda valerse de ella.

269. — Esta materia forma parte de una cuestión más amplia: si la prohibición de la analogía rige también para la parte general[88]. Se trata, como es sabido, de una problemática no definitivamente aclarada, y por ello los diferentes puntos de vista difieren considerablemente. Así mientras Jakobs piensa que, dada la imprecisión inherente a las causas de justificación, es admisible completarlas mediante causas no escritas o limitarlas mediante la interpretación, siempre y cuando ello sea posible mediante una deducción sistemática[89], Roxin afirma que "está prohibido limitar por encima del texto que las establece las causas de inculpabilidad, las de exclusión o de renuncia a la pena, así como las condiciones objetivas de punibilidad", pero da un tratamiento diferente a las causas de justificación. Estas no constituyen, según Roxin, una materia especial del derecho penal, sino que provienen de todo el ordenamiento jurídico y, por lo tanto, pueden ser desarrolladas independientemente del texto según sus propios principios ordenadores[90]. Por el contrario, no faltan autores que niegan toda posibilidad de una reducción teleológica del alcance del texto de una causa de justificación escrita, pero no excluyen la aplicación de la prohibición de la analogía en la creación de causas de justificación supralegales[91].

[88] Cfr. Jakobs, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 2ª ed., 1991, ps. 82 a 88 que admite una vigencia débil de la prohibición de la analogía; Jescheck, *Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil*, 4ª ed., 1988, p. 121; Roxin, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 1992, t. I, p. 81, que reconoce la aplicación de la misma allí donde en la Parte General se establecen disposiciones que amplían la punibilidad, en forma similar a Jescheck.

[89] Jakobs, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 2ª ed., 1991, p. 89

[90] Roxin, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 1992, t. I, p. 81 y siguientes.

[91] Hirsch, en *Gedächtnisschrift für Tjong*, 1985, p. 50 y siguientes.

270. — La cuestión planteada en primer lugar no puede ser resuelta sin tener en cuenta que la objetividad de la ley penal no resulta perjudicada cuando el reconocimiento de una circunstancia justificante no escrita rige para excluir la punibilidad, pero no tiene por qué fundamentar la punibilidad de quien haya intentado impedir al autor el ejercicio del derecho que de ella surge. Dicho de otra manera: el efecto expansivo sobre la punibilidad no es una consecuencia lógicamente necesaria para el que impide el ejercicio de una causa no escrita de justificación, pues respecto de éste debe seguir rigiendo la prohibición de fundamentar la punibilidad en derecho no escrito.

271. — Por el contrario, una reducción teleológica del alcance de una causa de justificación expresamente reconocida por el ordenamiento jurídico sólo resultará compatible con la prohibición de generalización y con el respeto de la objetividad del derecho penal, si tal restricción del alcance se fundamenta —como propone Jakobs—[92] en una "cultura interpretativa practicada", es decir, que recoge una tradición interpretativa suficientemente estabilizada como para garantizar una aplicación objetiva del derecho.

— *c* —

272. — La doctrina dominante excluye que la prohibición de retroactividad se pueda extender a las modificaciones de la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Por ejemplo: las modificaciones referentes al entendimiento que se debe dar a una "cantidad de notoria importancia" en el art. 369.3° del Cód. Penal o a la "especial gravedad" en los arts. 250.6°; 235.3° ó 241.1° del Cód. Penal[93]. En favor de esta tesis se sostiene que una nueva jurisprudencia tiene indudablemente un efecto similar al de una nueva ley, pero que de allí no cabe deducir una idéntica función[94]. En efecto, la jurisprudencia no vincula de la misma manera que la legislación, pues de lo contrario los

[92] Jakobs, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 2ª ed., 1991, p. 85.

[93] Cfr. Cobos de Linares, *Presupuestos del error sobre la prohibición*, 1987, p. 269 y ss. quien propone lo contrario. En la misma línea recientemente la *STC* del 29/9/97 (R.A. 3302/94), que atribuye efecto de la ley retroactiva a las decisiones del Tribunal Constitucional sobre la interpretación del derecho penal.

[94] Jakobs, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 2ª ed., 1991, p. 105.

tribunales tendrían prácticamente el poder de legislar[95]. En realidad, los cambios jurisprudenciales sólo importan una corrección de la interpretación de una voluntad legislativa ya existente en el momento del hecho[96].

273. — El punto de vista contrario[97] se apoya en la idea de "protección de la confianza", que se vería afectada por un cambio jurisprudencial. Sin embargo, ello no requiere el reconocimiento de la prohibición de efecto retroactivo de la jurisprudencia, toda vez que es posible llevar a cabo la protección de la confianza precisamente en los casos en los que ella haya existido realmente. Es decir, cuando el autor realmente se haya motivado por su confianza en lo decidido por los tribunales antes de ejecutar la acción, cabrá la apreciación de un error de prohibición disculpante y, en su caso, de tipo. Por lo tanto, no cabe suponer que la modificación de una interpretación jurisprudencial afecta a la objetividad del derecho penal ni al principio de confianza.

— § 21 —

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional español

274. — La realización de estos principios teóricos en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha sido hasta ahora débil. El Tribunal Constitucional se ha caracterizado en esta materia por el alto grado de pragmatismo con que ha adoptado sus decisiones más importantes. Ello se percibe ya en la extensión realizada por el Tribunal Constitucional del principio de legalidad a la prohibición del *non*

[95] Jakobs, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 2ª ed., 1991.

[96] Schünemann, *¿Nulla poena sine lege?*, 1978, p. 28; Roxin, Claus, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 1992, t. I, p. 86 y ss.; Troendle, en *Leipziger Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 10ª ed., § 2, ps. 16 a 24.

[97] Cfr. por ejemplo, Cobos de Linares, *Presupuestos del error sobre la prohibición*, 1987, p. 269 y ss.; Schönke - Schröder - Eser, *Strafgesetzbuch, Kommentar*, 24ª ed., 1991, § 2,9.

bis in idem y a la "personalidad de las consecuencias penales"[98]. Estas decisiones, indudablemente plausibles y merecedoras de aprobación, sólo eran posibles mediante una cierta disolución de los fundamentos del principio de legalidad aceptados en la ciencia del derecho. Es probable que el Tribunal Constitucional se haya orientado en estas sentencias por una estrategia apegada al texto constitucional y no haya encontrado una manera mejor de fundamentar la procedencia del amparo en estos supuestos, que encontrando el fundamento en el texto de un artículo (en este caso, el 25.1, *CE*) que los acogiera. La cuestión de si el camino elegido era el mejor está todavía abierta.

275. — Sin perjuicio de ello, es lo cierto que la renuncia a establecer de una manera más precisa fundamentos claros del principio de legalidad también ha conducido a soluciones que son debatidas en la doctrina. Así, por ejemplo, en los autos 27/83 y 135/83, el Tribunal Constitucional excluyó las cuestiones referentes a la prescripción del ámbito que garantiza el principio de legalidad con argumentos dogmáticos de difícil aceptación. En este sentido se sostuvo allí que la cuestión de la extinción de la responsabilidad por la prescripción no estaría alcanzada por el art. 25.1 de la *CE*, pues se trataría de un elemento ajeno al tipo penal que "constituye una cuestión de mera legalidad propia de la apreciación judicial ordinaria" (*ATC* 27/83, fundamento jurídico 4°). La confusión entre el "tipo garantía" y el "tipo del error" o el "tipo sistemático" resulta aquí evidente y ello demuestra lo discutible de la decisión.

276. — De todos modos, el Tribunal Constitucional no ha dejado de hacer declaraciones referentes a los fundamentos del principio de legalidad penal. En la *STC* 133/87, por ejemplo, condensando puntos de vista expuestos en otros precedentes jurisprudenciales el Tribunal sostuvo que "el principio de legalidad penal es esencialmente una concreción de diversos aspectos del Estado de derecho en el ámbito del derecho estatal sancionador. En este sentido, agrega la sentencia, se vincula, ante todo, con el imperio de la ley como presupuesto de la intervención del Estado sobre bienes jurídicos de los ciudada-

[98] Cfr. *SSTC* 2/81 y 131/87, respectivamente.

nos, pero también con el derecho de los ciudadanos, a la seguridad así como con la prohibición de la arbitrariedad y el derecho a la objetividad e imparcialidad del juicio de los tribunales, que garantizan los arts. 26.2 y 117.1 de la *CE*, especialmente cuando se declara que los jueces y magistrados están sometidos únicamente al imperio de la ley"[99]. En la misma sentencia el Tribunal Constitucional manifestó que, en particular, el principio de legalidad importaba condicionar la legitimidad del derecho penal a la existencia de una *lex scripta, praevia* y *certa* (inexplicablemente se omite en esta clásica enumeración la exigencia de *lex stricta*), pero estas exigencias no han sido claramente establecidas en todos los casos.

— *a* —

277. — En la *STC* 89/83 el Tribunal Constitucional (caso del delito continuado) consideró un problema evidentemente relacionado con la exigencia de *lex scripta*, es decir, con un caso en el que los tribunales podían haber resuelto sin apoyo en un texto legal la agravación de una pena, fundamentándose para ello solamente en sus propios precedentes. Se trata de la cuestión del incremento de la pena que se producía en delitos como el hurto, en los casos de concurso real en los que el perjuicio causado por cada uno de los hechos no determinaba la existencia de varias faltas de hurto; sin embargo, conjuntamente, era suficiente para aplicar la pena correspondiente a un delito de hurto, lo que el Tribunal Supremo fundamentaba, antes de la reforma del Código Penal por la *LO* 8/83, en la figura del "delito continuado". De esta manera, los tribunales podían también eludir el límite previsto por el art. 70.2 del Cód. Penal (actual art. 76.1, Cód. Penal). El Tribunal Supremo había llegado a sostener que la doctrina del delito continuado podía ser aplicada "aunque falte algún requisito por fines de justicia o de defensa social"[100].

278. — El Tribunal Constitucional decidió en la citada sentencia 89/83 que el Tribunal Supremo, al aplicar la doctrina del delito con-

[99] Cfr. *SSTC* 62/82; 53/85; 89/83; 75/84 y 159/86.
[100] Cfr. *SSTS* del 22/3/66; 5/4/67; 16/7/70; 11/11/71; 17/3/72; 1/2/73.

tinuado en este entendimiento[101], no vulneraba el principio de legalidad pues se trata de una interpretación que se encuentra dentro del margen de libertad que corresponde a los tribunales, "pues el juez ni crea nuevas figuras delictivas, ni aplica penas no previstas en el ordenamiento, graduadas de acuerdo con reglas que también detrae de la ley" (sic). García de Enterria elogió, con razón, que en esta sentencia se reconociese que la interpretación de la ley no importa una transgresión de la misma[102]. Sin embargo, no se puede ocultar que el Tribunal Supremo nunca había explicado cómo era posible, a partir del silencio legal y de un texto que dispone lo contrario, deducir una autorización para acumular varios hechos leves en uno más grave con la consiguiente agravación de la pena. La *STC* 89/83, en verdad, tampoco explicó cómo esto era posible. En particular, si las sentencias del Tribunal Supremo en materia de delito continuado son sometidas a las exigencias que establece el mismo García de Enterria[103] no es posible compartir la decisión del Tribunal Constitucional. En efecto, si la creación jurídica no es libre, sino vinculada "a los valores jurídicos perfectamente objetivizados que el juez ha de manejar en la labor interpretativa, comenzando por la obediencia y la fidelidad al texto"[104], resulta claro, a mi modo de ver, que la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre el delito continuado, anterior a 1983, era incompatible con la exigencia de *lex scripta*. En ella más que obediencia al texto había una clara neutralización de una disposición legal expresa sin ningún apoyo legal y, en lugar de ajustarse a valores perfectamente objetivados, el Tribunal se apartaba de ellos, pues el legislador nunca había expresado que valoraba la reiteración de hechos leves como uno grave, con el consiguiente aumento de la pena en perjuicio del acusado.

[101] Un entendimiento ciertamente incompatible con la teoría del delito continuado elaborada en la doctrina.

[102] García de Enterria, *Reflexiones sobre la ley y los principios generales del derecho*, 1984, p. 85 y ss.; también en "Revista Española de Derecho Constitucional", nº 10, 1984.

[103] García de Enterria, *Reflexiones sobre la ley y los principios generales del derecho*, 1984, ps. 132 y siguientes.

[104] García de Enterria, *Reflexiones sobre la ley y los principios generales del derecho*, 1984. Confr. también la crítica a la *STC* 89/83 de Cobo del Rosal - Vives Antón, en

— *b* —

279. — La problemática de la prohibición de la analogía, es decir, de la *lex stricta*, fue motivo de diferentes resoluciones del Tribunal Constitucional[105]. A diferencia de lo que ocurre en el caso de la decisión sin apoyo en la ley, en estos casos se trata de decisiones fundadas en una ley que, sin embargo, es extendida por encima del sentido literal del texto. Tal fue el caso decidido en la *STC* 75/84 (caso del aborto en el extranjero), que es especialmente interesante en este contexto, pues en ella se hace referencia también a la inaplicabilidad del art. 6.4 del Cód. Civil al derecho penal. El Tribunal Supremo había decidido en su *STS* del 20/12/81 que la ley penal española era aplicable a un delito de aborto cometido en el extranjero por españoles, apoyándose para ello en el art. 6.4 del Cód. Civil, es decir, considerando que en tales casos existía un fraude a la ley, consistente en trasladarse a un Estado en el que el aborto no era punible para cometer un hecho que el derecho español sancionaba como delito. De esta manera era posible aplicar al caso el art. 339 de la *LOPJ* de 1870, entonces vigente, sosteniendo que el *nasciturus* gozaba de la protección de la ley española en el extranjero pues tenía nacionalidad española.

280. — El Tribunal Constitucional reiteró lo ya expuesto en la *STC* 89/83, sosteniendo nuevamente que "el principio de legalidad no puede ser entendido de forma tan mecánica que anule la libertad del juez, cuando, en uso de ésta, ni se crean nuevas figuras delictivas, ni se aplican penas no previstas en el ordenamiento". Pero aclaró que "si se produce una laguna, ésta no puede llenarse recurriendo a la analogía *in malam partem*". Asimismo aclaró, con razón, que el principio de legalidad extiende sus efectos también a las normas que determinan el ámbito de validez de las leyes penales, es decir, en particular al art. 339 de la antigua *LOPJ*[106].

Comentarios a la legislación penal, Cobo del Rosal (dir.), 1984, t. III, p. 233, donde se señala que la figura del "delito continuado", tal como se utilizaba por la Sala Segunda del Tribunal Supremo antes de 1983, constituía una "pura creación jurisprudencial", p. 233.

[105] *ATC* 29/10/86 (rec. 358/86); *ATC* 8/10/86 (rec. 266/86); *SSTC* 105/83 (aunque sólo implícitamente); 75/84; 159/86, entre otras.

[106] De esta manera la *STC* 75/84 desautorizó, implícitamente, la criticable tesis de los citados *AATC* 27/83 y 135/83, que excluyeron la prescripción del ámbito de protección

281. — Desde esta perspectiva el Tribunal Constitucional vino a sostener que las resoluciones impugnadas "se apoyan en una construcción jurídica defectuosa que vicia la corrección de sus resultados". Los fundamentos prácticos de la sentencia (especialmente 5° y 6°) no son suficientemente claros, pero, en definitiva, establecen que el principio territorial no puede ser reemplazado por el personal (pasivo) sobre la base del fraude de ley, si la ley no lo autoriza expresamente para el ámbito penal. Dicho de otra manera, el Tribunal decidió que el art. 6.4 del Cód. Civil no tiene aplicación general en el derecho penal, pues ello vulnera la prohibición de la analogía *in malam partem*.

282. — La solución puede ser político-criminalmente plausible. Sin embargo, su fundamentación, como se dijo, es poco convincente. En efecto, los temas centrales que plantea la cuestión de la aplicación del fraude a la ley en el ámbito del derecho penal no fueron tratados en la *STC* 75/84[107]. En realidad el Tribunal Supremo había resuelto sobre la base de una ley que establece que "los actos realizados al amparo del texto de una norma que persigan un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico, o contrario a él (...) no impedirán la debida aplicación de la norma que se hubiere tratado de eludir". Que estos elementos se daban en el caso que motivó la decisión del Tribunal Supremo era tan indudable, como que la sentencia no necesitó recurrir a la analogía para fundamentar el fallo condenatorio: no es fácil afirmar, en consecuencia, que alguno de los elementos establecidos en la ley como condición de la aplicación de la norma del art. 6.4 del Cód. Civil, ni que la norma penal que se quiso eludir, fueron interpretados extendiendo su alcance a hechos meramente análogos. No obstante, la *ratio decisione* de la sentencia parece haber sido que, en el entendimiento del Tribunal Constitucional, el feto no era protegible fuera del territorio español, pues el antiguo art. 339 de la *LOPJ* sólo sería aplicable a personas (en el sentido de los arts. 29 y 30

---

del principio de legalidad, pues estas normas tampoco forman parte del tipo en el sentido restringido en que lo consideraron los *AATC* mencionados.

[107] Tampoco en los dos votos particulares que se formularon se abordaron tales cuestiones. Cfr. al respecto: Tiedemann, en "NJW", 1990, ps. 2226 y ss. y 2230 y siguientes.

del Cód. Civil) pero no a otros bienes jurídicos que no pertenecieran a una persona. De allí se deduciría, según la sentencia, "la naturaleza analógica del razonamiento que lleva a atribuir nacionalidad española al feto" (fundamento jurídico 6°). Pero, es evidente que, si en este caso se hubieran aplicado los mismos criterios que sirvieron de fundamento a la ya comentada *STC* 89/83 (cfr. *supra* n° 277, *a*), no parece posible sostener que aquí el entendimiento dado por el Tribunal Supremo a las expresiones "otro español", contenidas en el art. 339 de la anterior *LOPJ*, haya superado "el marco de libertad que corresponde a los tribunales" (cfr. fundamento jurídico 5° de la *STC* 75/84).

283. — En la *STC* 75/84, por otra parte, junto al tema de la analogía, tuvo una especial significación la tesis de la inaplicabilidad de la figura del fraude a la ley en el derecho penal. El Tribunal Constitucional sostuvo, en este sentido, que en general no "cabe hacer uso de esta figura (del fraude de ley) en la aplicación de la ley penal". De esta manera, su tesis se puede formular de la siguiente manera: la figura jurídica del fraude de ley no es aplicable en materia penal y, por lo tanto, no excluye la validez de la extensión analógica de la ley penal si los tribunales recurren a ella. En este punto la argumentación de la sentencia es particularmente oscura. La exclusión del art. 6.4 del Cód. Civil del ámbito de la ley penal se deduce del principio territorial que rige respecto de ésta, "pues —dice la sentencia— la territorialidad de ésta (art. 8.1, Cód. Civil) y la inexistencia en ella de normas disponibles a cuyo amparo puedan producirse consecuencias jurídicas favorables, hacen resueltamente imposible extender a este sector del ordenamiento la figura del fraude de ley".

284. — Es claro que, si éste era el punto de partida, para nada importaba si la interpretación del art. 339 de la *LOPJ* de 1870 implicaba una extensión analógica o no, pues, de todos modos, el recurso al fraude de ley no hubiera convertido en aplicable la ley española al hecho cometido en el extranjero para eludir las sanciones previstas en las leyes nacionales. Pero, sin perjuicio de ello, no es cierto que la ley penal española, bajo la *LOPJ* de 1870, sólo fuera aplicable exclusivamente según el principio de territorialidad. Precisamente el art. 339 de dicha ley demuestra lo contrario: también cabía la aplicación según el principio de la nacionalidad.

285. — Por otra parte, es erróneo creer que el aborto no se había realizado "al amparo del texto de una norma", como exige el art. 6.4 del Cód. Civil, y que de ello se deriva la inaplicación al caso de las consecuencias que este artículo prevé. Por el contrario, los autores del aborto habían pretendido actuar amparados por la norma del derecho inglés que autoriza, bajo ciertas condiciones, la práctica del aborto en el territorio de Inglaterra[108].

286. — En consecuencia, los tres puntos de apoyo de la *STC* 75/84 son dudosos: *a*) Es difícil afirmar que la interpretación del art. 339 de la *LOPJ* de 1870 extendió analógicamente el texto de esta disposición; *b*) no es cierto que la *LOPJ* sólo haya justificado la aplicación de la ley penal exclusivamente según el principio territorial; *c*) tampoco es correcto afirmar que los procesados no hayan pretendido obrar al amparo de una norma más favorable para eludir la aplicación del derecho español y deducir de ello que no se dieron en el caso los presupuestos que prevé el art. 6.4 del Código Civil.

287. — En suma: la aplicación del art. 6.4 del Cód. Civil en el ámbito del derecho penal no parece excluida en general por el principio de legalidad, ni tampoco resultaba inaplicable en el caso al que se refiere la *STC* 75/84, pues se daban los presupuestos que justificaban aquélla[109].

288. — La cuestión de prohibición de la analogía fue tratada con más fortuna en la *STC* 159/86, en relación a la reducción del alcance de una causa de justificación constitucional, en el caso el derecho a la libertad de información previsto en el art. 20.1. *d*) de la *CE*. En este caso, el Tribunal Constitucional entendió —correctamente— que, afirmando la aplicación de la ley penal siempre y sin excepciones co-

[108] Por ello es claramente erróneo que la sentencia comentada considere que la "norma de cobertura" es el art. 399, *LOPJ*, pues es evidente que ésta no cubre la legitimidad del hecho (cfr. fundamento jurídico 5°, 2° párrafo de la *STC* 75/84).

[109] No se puede considerar suficientemente estudiada la cuestión de si, desde otra perspectiva distinta de la del principio de legalidad, cabe excluir la aplicación del art. 6.4 del Cód. Civil respecto de las leyes penales. En la *STS* 2756/92, del 28/1/93, se afirma, aunque *obiter dictum*, la aplicación del fraude de ley en materia penal.

mo un límite del derecho fundamental, se limitaba al alcance de este derecho como causa de justificación, lo que implicaba extender la punibilidad infringiendo la prohibición de la analogía *in malam partem*. En este sentido dice la sentencia que "al aplicar automáticamente las normas sobre autoría del Código Penal, sin tener en cuenta la específica naturaleza constitucional del hecho informativo, se ha producido una extensión de la ley penal mediante una interpretación analógica en contra del acusado".

289. — En relación a esta sentencia es posible discutir si era necesario que el Tribunal Constitucional recurriera al argumento que se fundamenta en la prohibición de la analogía, dado que era suficiente razón para anular la sentencia el incorrecto entendimiento con el que se había aplicado el art. 20.1. *d)* de la *CE*. Sin embargo, según surge de los antecedentes de la sentencia, el recurrente también había alegado la vulneración del art. 25.1 de la *CE*.

290. — Más importante que las anteriores, pues implica un giro argumental considerable, es la *STC* 137/97, en la que se ha sostenido que "desde el punto de vista constitucional cabe hablar de aplicación analógica o extensiva *in malam partem,* vulneradora del principio de legalidad, cuando dicha aplicación carezca de tal modo de razonabilidad que resulte imprevisible para sus destinatarios, sea por apartamiento del tenor literal del precepto, sea por utilización de las pautas interpretativas y valorativas extravagantes en relación al ordenamiento constitucional vigente". En este sentido se subraya (recordando la *STC* 133/87, fundamento jurídico 5°) que el control constitucional tiene la finalidad de asegurar que los ciudadanos puedan "programar sus comportamientos sin temor a posibles condenas por actos no tipificados previamente". La sentencia establece también que la razonabilidad de la interpretación "habrá de ser analizada desde las pautas axiológicas que informan nuestro texto constitucional (*SSTC* 159/86, 59/90 y 111/93) y desde modelos de argumentación aceptados por la propia comunidad jurídica". Como consecuencia de ello concluye el Tribunal Constitucional que "son también rechazables aquellas aplicaciones que por su soporte metodológico (una argumentación ilógica o indiscutiblemente extravagante) o axiológico (una base valorativa ajena a los criterios que informan

nuestro ordenamiento constitucional) conduzcan a soluciones esencialmente opuestas a la orientación material de la norma y, por ello, imprevisible para sus destinatarios". Sobre estas bases y afirmando que el derecho de huelga no opera como causa de justificación respecto del delito o la falta de coacciones (art. 585.4°, Cód. Penal de 1973), el Tribunal Constitucional denegó el amparo de un Secretario del Comité de Empresa que había sido condenado por tal hecho punible durante una huelga en la que un piquete compuesto por unas doscientas personas impedía la entrada y salida de vehículos de la fábrica (fundamento jurídico 4°). En realidad, la cuestión planteada se refería más que a la extensión analógica *in malam partem* del tipo de las coacciones, a la limitación teleológica *in malam partem* de una causa de justificación, cuestión que el Tribunal Constitucional dejó fuera de su argumentación sosteniendo simplemente que "el derecho de huelga no incluye la posibilidad de ejercer coacciones sobre terceros porque ello afecta a otros bienes o derechos constitucionalmente protegidos, como la libertad de trabajar o la dignidad de la persona y su derecho a la integridad moral".

— *c* —

291. — La exigencia de *lex certa* también ha sido motivo de decisiones del Tribunal Constitucional. El tema es especialmente delicado pues se piensa que la legislación moderna se caracteriza por una "fuga del legislador en las cláusulas generales"[110] o de resignación tanto del legislador, como de la ciencia y la práctica frente a las dificultades que erosionan la realización de este aspecto del principio de legalidad[111]. Una prueba de ello podrían ser la jurisprudencia constitucional alemana y la española. Tiedemann ha comprobado que el Tribunal Constitucional Federal alemán *(BVerfG)* no ha declarado ningún tipo penal como insuficientemente determinado y preciso según las exigencias del principio de legalidad[112]. Lo mismo ha ocurrido en la jurisprudencia constitucional española.

[110] Naucke, *Über Generalklauseln und Rechtsanwendugn im Strafrecht*, 1973, p. 21.

[111] Schünemann, *¿Nulla poena sine lege?*, 1978, p. 29; más pesimista aún Schmidhäuser, *Form und Gestalt der Strafgesetze*, 1988, p. 49.

[112] Tiedemann, en "NJW", 1990, p. 44.

292. — El Tribunal Constitucional español ha formulado declaraciones abstractas al respecto que son notablemente positivas. Así, por ejemplo, en la citada *STC* 159/86 (fundamento jurídico 4º) en la que sostuvo que "el principio de legalidad impone al legislador el deber de conformar los preceptos legales que condicionan la aplicación de sanciones, sobre todo cuando se trata de sanciones criminales, de tal manera que de ellos se desprenda con la máxima claridad posible cuál es la conducta prohibida o la acción ordenada". También en la *STC* 133/87 se afirmó que el principio de legalidad concreta aspectos del Estado de derecho, en tanto éste supone para el ciudadano "la programación de sus comportamientos sin temor a interferencias imprevisibles del ordenamiento sancionador del Estado". Conceptos similares se reiteraron en la *STC* 127/90. En los casos concretos, sin embargo, estas premisas tuvieron una reducida influencia sobre las decisiones. El Tribunal Constitucional trató la cuestión por primera vez en la *STC* 62/82 (caso del escándalo público), en la que se discutió si el antiguo art. 431 del Cód. Penal (actual art. 185), en la redacción vigente entonces[113], se ajustaba a las exigencias de determinación legal que provienen del principio de legalidad. La respuesta fue positiva. En dicha sentencia el Tribunal dijo que "el legislador debe hacer el máximo esfuerzo posible para que la seguridad jurídica quede salvaguardada en la definición de los tipos. Pero, dicho lo anterior, ello no supone que el principio de legalidad quede infringido en los supuestos en los que la definición del tipo incorpore conceptos cuya delimitación permita un margen de apreciación, máxime en aquellos supuestos en que los mismos responden a la protección de bienes jurídicos reconocidos en el contexto internacional en el que se inserta la Constitución española con su art. 10.2 y en supuestos en que la concreción de tales bienes es dinámica y evolutiva, y puede ser distinta según el tiempo y el país de que se trate; ello sin perjuicio de que la incidencia sobre la seguridad jurídica, en los casos en que se produzca, deba tenerse en cuenta al valorar la culpabilidad y en la determinación de la pena por el Tribunal".

[113] El texto del antiguo art. 431 del Cód. Penal, establecía: "El que de cualquier modo ofendiere el pudor o las buenas costumbres con hechos de grave escándalo o trascendencia incurrirá...".

293. — Como se ve, la *STC* 62/82 tiene dos aspectos distintos. Por un lado el Tribunal Constitucional admite una gran amplitud en la configuración de los tipos penales. Prácticamente el Tribunal no estableció ningún límite para el "margen de apreciación" tolerable en el marco de la obligación del legislador de determinar precisamente el supuesto de hecho punible. La tarea era en realidad imposible, pues, como ya lo había señalado la doctrina, la contrariedad a las buenas costumbres es "inverificable"[114]. La referencia al reconocimiento del bien jurídico protegido en el contexto internacional y al carácter dinámico y evolutivo que éste puede tener no constituye, en realidad, límite de ninguna especie, pues se refiere claramente a un problema ajeno a la configuración formal del supuesto de hecho punible. En efecto, la cuestión sometida al Tribunal Constitucional no consistía en saber si un texto legal como el del art. 431 del Cód. Penal derogado (actual art. 185) protegía o no un bien jurídico determinado, sino de si a través de su texto era posible saber con seguridad, antes de obrar, qué comportamiento estaba prohibido bajo amenaza de pena. De la imprecisión del objeto protegido, que la sentencia califica de "dinámico y evolutivo" lo único que surgía en este caso era la indeterminación del comportamiento que podía lesionarlo, el que al no estar caracterizado más que por el resultado lesivo sobre el bien jurídico, también debía ser "dinámico y evolutivo", es decir cambiante, y por lo tanto indudablemente indeterminado. Por otra parte, la referencia al contexto internacional resultaba totalmente inútil, dado que pocas líneas más adelante se reconoce que la dinámica y la evolución puede ser *"distinta según el tiempo y el país de que se trate"*[115]. En suma: es evidente que el texto del antiguo art. 431 del Cód. Penal (actual art. 185) no cumplía la exigencia de permitir al ciudadano programar sus comportamientos sin temor a interferencias imprevisibles del ordenamiento sancionador del Estado (*SSTC* 133/87 y 127/90)[116], pues la conducta prohibida se describía exclusivamente sobre la base de su referencia a un concepto inverificable.

[114] Engisch, en *Festschrift für Hellmuth Mayer*, 1965, p. 400 y siguientes.

[115] La *bastardilla* es nuestra.

[116] A la misma solución se llegaría aplicando el criterio del cincuenta por ciento de determinación propuesto por Schünemann, *¿Nulla poena sine lege?*, 1978, p. 35 y siguientes.

294. — Sin embargo, la *STC* 62/82 procuró señalar un camino para compensar la amplitud reconocida al legislador para la configuración de los tipos penales, remitiendo a la valoración de la culpabilidad y a la determinación de la pena. De todos modos, no se explicó en la sentencia de qué manera esto podía ser llevado a la práctica. Pero, dado que la solución viene a coincidir con la sugerencia de Naucke[117] resulta sumamente apropiado tomar en cuenta su propuesta. En este sentido sostiene Naucke que en los supuestos de cláusulas generales se debe, en primer lugar, ampliar el ámbito del error excluyente de la culpabilidad, y además privilegiar al autor, en los casos de sanción, en el momento de la individualización de la pena o, por último, interpretar la cláusula general de una manera objetivamente restrictiva.

295. — Schünemann[118] se ha mostrado escéptico con las posibilidades de realización de este punto de vista, a pesar de haber reconocido que, de esta manera, era posible limitar los efectos perniciosos de las cláusulas generales, pues entiende que la determinación judicial de la interpretación suficientemente restrictiva daría lugar a varias concepciones diferentes, que las reglas del error de prohibición conduciría en estos casos a resultados poco satisfactorios y, finalmente, porque en la *praxis* de la individualización de la pena la determinación de ésta depende en forma decisiva del arbitrio judicial.

296. — No se puede negar que estas objeciones relativizan la eficacia de una solución compensatoria que ofrece en el plano de la culpabilidad y la individualización de la pena. Sin embargo, es altamente positivo que se reconozca que cuanto más amplia sea una disposición y menor su posibilidad de comunicar cuáles son las conductas prohibidas (o, en su caso, exigidas), mayor debe ser la tolerancia respecto del error de prohibición y que, en todo caso, cabe una atenuación de la pena[119].

[117] Naucke, *Über Generalklauseln und Rechtsanwendugn im Strafrecht*, 1973, p. 21 y ss.; cfr. al respecto: Schünemann, *¿Nulla poena sine lege?*, 1978, p. 34.

[118] Schunemann, *¿Nulla poena sine lege?*, 1978, p 34 y siguientes.

[119] En la *STC* 133/87 se hizo una nueva aplicación de los principios referentes a la exclusión de cláusulas generales de una manera extremadamente flexible al declarar como inobjetable constitucionalmente el art. 391.1 del hoy derogado Código de Justicia Militar.

— *d* —

297. — La debilidad de las exigencias de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en materia de principio de legalidad se manifiesta también en el derecho sancionatorio administrativo y, en consecuencia, en los casos de leyes penales en blanco y en la aceptación de límites a derechos fundamentales sin reserva de ley en los casos de las llamadas "relaciones especiales de sujeción".

En relación a las leyes penales en blanco el problema de la seguridad jurídica adquiere especial significación, toda vez que el ciudadano no tiene una clara referencia sobre la norma complementaria de la ley penal. En nuestro derecho esa situación es frecuente.

298. — El Tribunal Constitucional se manifestó en esta materia poco exigente en relación a la determinación estricta del comportamiento prohibido. En la *STC* 122/87, sostuvo que una ley penal en blanco (*LO* 40/79, de "Control de Cambios") que remite en forma genérica a "disposiciones diseminadas en multitud de disposiciones reglamentarias e incluso de simples instrucciones administrativas, alguna ni siquiera publicada" puede cumplir con las exigencias del principio de legalidad. No debe llamar la atención que en materia de infracciones administrativas la exigencia de certeza, que el Tribunal Constitucional consideró siempre menos intensa que en el ámbito penal[120], haya desaparecido prácticamente en esta sentencia.

299. — En el campo de las leyes sancionatorias en blanco, por otra parte, la cuestión de la inseguridad derivada de las cláusulas generales se acentúa porque la jurisprudencia no exige todavía una "cláusula de remisión inversa", exigida, por el contrario, por el Tribunal Constitucional Federal alemán. En efecto, en la jurisprudencia —y ello se puso de manifiesto en la *STC* 122/87 que se acaba de citar— se considera suficientemente determinada una remisión que incluso sea tácita o producto de la apertura de la disposición sancionatoria (llamadas en la teoría auténticas leyes en blanco)[121].

[120] Cfr. *STC* 2/87, fundamento jurídico 2°.

[121] Cfr. Rogall, en *OWiG, Karlsruher Kommentar*, 1989, vol. 1, n° 16. Cfr. *STC* 122/87, fundamento jurídico 3°, en donde se habla, a propósito de la ley de "Control de Cambios", de "normas penales en blanco o abiertas".

300. — Hasta ahora, como se dijo, el Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo no han tenido ocasión de pronunciarse sobre si la norma complementaria debe contener una "cláusula de remisión inversa", que permita a sus destinatarios saber que la infracción está amenazada con una sanción, es decir, sobre las llamadas leyes penales en blanco impropias.

301. — Sobre la base de textos y principios constitucionales análogos a los españoles, el Tribunal Constitucional Federal alemán ha decidido que "en los preceptos en blanco se ha hecho depender su aplicación de que el precepto complementador en la norma administrativa remita a su vez a la ley que establece la multa administrativa por su infracción (llamada cláusula de remisión inversa)". En el caso se trataba de una norma municipal que hacía referencia a las facultades acordadas por una ley del *Land*, pero que, sin embargo, no remitía a la norma en blanco que contenía la sanción, lo que se consideró insuficiente. En la teoría se sostiene que la exigencia de una cláusula de remisión inversa representa una "técnica para garantizar una mejor percepción de las normas en blanco y excluir de la ley en blanco las normas complementadoras insuficientemente determinadas"[122].

302. — La necesidad de exigir al legislador, en España, la inclusión en los preceptos complementadores de una cláusula de remisión inversa se debe deducir de la vinculación del principio de legalidad con el de *seguridad jurídica* que —con razón— ha establecido el Tribunal Constitucional[123] para garantizar que el ciudadano pueda programar su comportamiento "sin temor a injerencias imprevisibles del ordenamiento sancionador del Estado". Si esta afirmación se toma verdaderamente en serio no cabe duda de que tal programación no quedará libre de temores mientras se admitan remisiones genéricas a preceptos que se ignora dónde están y si no se exige que los preceptos complementadores, a su vez, sean claramente determinados.

[122] Cfr. *BVerfG* en "NStZ" 1990, p. 394, y en "NStZ" 1991, p. 73. Cfr. Rogall, en *OWiG, Karlsruher Kommentar*, 1989, vol. 1, nº 17; en el mismo sentido Tiedemann, *Tatbestandsfunktionem im Nebenstrafrecht*, 1969, p. 267; Gohler, *Gesetz über OWiG, Kommentar*, 8ª ed., 1987, vol. 1, nº 18.

[123] Cfr. *STC* 133/87, fundamento jurídico 7º.

303. — También operan flexibilizando el principio de legalidad la significación general que el Tribunal Constitucional atribuye a las relaciones de sujeción especiales como fundamento de la limitación de derechos fundamentales. En la *STC* 2/87, afirmó que "la reserva de ley en las sanciones administrativas (...) tiene un alcance diferente, al menos en lo que se refiere a la tipificación del ilícito cuando se trata de la determinación de contravenciones 'faltas', en el seno de una relación de sujeción especial". Más tarde, en la *STC* 219/89 el Tribunal acentuó su punto de vista diciendo que "dicha reserva de ley pierde parte de su fundamentación en el seno de las relaciones especiales de sujeción"[124]. En la primera de las sentencias, así como en la *STC* del 2/7/90, se trataba de sanciones impuestas a detenidos en establecimientos penitenciarios, mientras que en la *STC* 219/89 se trataba "de la delegación de potestades públicas en entes corporativos dotados de amplia autonomía para la ordenación y control del ejercicio de actividades profesionales". En este último caso se pone de manifiesto la amplitud excepcional que se le acuerda al concepto en la jurisprudencia constitucional.

304. — Las *relaciones especiales de sujeción* constituyen un límite a los derechos fundamentales elaborado por la teoría del derecho público de finales del siglo XIX, que hace referencia a relaciones estrechas entre el Estado y el ciudadano, y se refiere particularmente a las que se dan en la escuela pública, los establecimientos penitenciarios y, en general, a las relaciones que se generan dentro de establecimientos públicos, así como a las que existen entre el Estado y los funcionarios o las personas sometidas a la prestación del servicio militar. La consecuencia de esta teoría es que "el ciudadano, que está en una especial relación de sujeción, es incluido en el ámbito administrativo con la consecuencia de que los derechos fundamentales y la reserva de ley —que sólo determinan la relación genérica del Estado con el ciudadano— no tienen validez; la administración tiene en sus manos la regulación, mediante prescripciones administrativas (reglamentos internos del establecimiento), de las relaciones dentro de tales situaciones. Esta teoría —agrega Maurer en el mismo lugar— "no sólo

[124] Cfr. también *STC* 69/89; así como *STC* del 2/7/90.

se mantuvo durante la República de Weimar, sino todavía largo tiempo después de la sanción de la *GG*, aunque la crítica crecía constantemente"[125]. El Tribunal Constitucional Federal alemán, sin embargo, quitó legitimidad a la teoría de las especiales relaciones de poder con sentencias que afectaban a dos de los ámbitos básicos en los que se le asignaba validez: los establecimientos carcelarios y la escuela.

305. — En la sentencia del 14/3/72[126] el *BVerfG* sostuvo que "los derechos fundamentales de los internos en un establecimiento penitenciario sólo pueden ser limitados mediante o en base a una ley"[127]. Esta ley, admitió el Tribunal, si no puede renunciar a cláusulas generales, deberá limitarlas de la manera más estrecha posible. En la fundamentación de su sentencia dicho Tribunal hizo afirmaciones que son aplicables al derecho español: "la ley fundamental (dice) constituye un orden vinculado a valores, que reconoce la protección de la libertad y la dignidad humana como el más alto fin de todo derecho; su imagen del hombre no es la del individuo con autodominio, sino la de una personalidad que está en la comunidad y a ella vinculada por diversos deberes". De ello se deduce que la limitación de los derechos fundamentales dentro de un establecimiento penitenciario sólo entrará en consideración cuando "sea imprescindible para alcanzar uno de los fines cubiertos por el orden valorativo de la Constitución y relativos a la comunidad y en la forma constitucionalmente prevista para ello"[128].

306. — La comparación de las pautas establecidas por el Tribunal Constitucional español y el alemán revela que en España se da una reducida protección del principio de legalidad y de la exigencia de reserva de ley, dado que el primero admite una zona en las llamadas "relaciones especiales de sujeción", en la que aquellos principios, prácticamente, no rigen. Además, las "relaciones especiales de sujeción" tienen en la jurisprudencia española una extensión inusitada, que va mucho más allá de los límites que les reconoció la teoría.

125 Maurer, *Allegemeines Verwaltungsrecht*, 5ª ed., 1986, p. 87.
126 *BVerfGE* 33, p. 1 y siguientes.
127 *BVerfGE* 33, p. 11.
128 *BVerfGE* 33, p. 11.

307. — En resumen: de la misma manera que ocurre en los Estados de derecho europeos, en España el principio de legalidad constituye una garantía fundamental, pero resulta ser también una meta difícil de alcanzar. En su realización tienen un papel decisivo las necesidades pragmáticas de la aplicación cotidiana de las leyes y la convicción de que la justicia material debe prevalecer sobre la seguridad jurídica en los casos extremos. La convicción social de que ciertas acciones deben ser sancionadas aunque la técnica legislativa sea defectuosa es frecuentemente el fundamento del reproche de la opinión pública a los tribunales cuando éstos adoptan puntos de vista estrictos en relación a las exigencias del principio de legalidad. Por tal motivo, el verdadero control de estas exigencias, en la medida en la que ello sea posible, debe tener lugar por medio del control abstracto de constitucionalidad, ya que de esa manera será posible decidir sin estar bajo la impresión de casos concretos. Aquí se percibe la inestimable labor que cumple desempeñar a las minorías parlamentarias y al Defensor del Pueblo mediante los recursos de inconstitucionalidad (art. 31, *LOTC*).

308. — Por esta vía, como es lógico, no se podrán resolver las cuestiones que plantean las prohibiciones de la analogía y de la aplicación retroactiva de la ley, dado que éstas presuponen, en todo caso, la aplicación de la ley a un caso concreto. En esta materia, sin embargo, serán los propios tribunales quienes deben ejercer un estricto autocontrol que impida un desborde interpretativo de las leyes penales. En esta tarea tendrá, sin duda, un inestimable valor la labor de la teoría del derecho penal marcando los límites de los textos legales.

— § 22 —

LA PROBLEMATICA CONSTITUCIONAL DE LAS LEYES PENALES EN BLANCO

a — Alcance y concepto

309. — La teoría y la jurisprudencia españolas utilizan el concepto de ley penal en blanco, entendiendo por tal los casos en los que la

prohibición o el mandato de acción se encuentra en disposiciones distintas de la ley que contiene la amenaza penal. El Tribunal Supremo[129] ha afirmado que "son leyes penales en blanco aquéllas cuyo supuesto de hecho debe ser completado por otra norma producida por una fuente jurídica legítima". A su vez el Tribunal Constitucional ha dicho[130] que es compatible con la Constitución "la utilización y aplicación judicial de leyes penales en blanco, siempre que se dé la suficiente concreción para que la conducta calificada de delictiva quede suficientemente precisada en el complemento indispensable de la norma a la que la ley penal se remite, resultando así salvaguardada la función de garantía del tipo con la posibilidad de conocimiento de la actuación penalmente conminada".

310. — La discusión en esta materia, sin embargo, no había ocupado hasta ahora ni a la teoría ni a la jurisprudencia de una manera especial. En general, las opiniones se dividen en torno a si el concepto de ley penal en blanco puede alcanzar también a los supuestos en los que la norma complementaria esté contenida en la misma ley o en otra ley de la misma jerarquía. Dicho de otra manera: sólo se discute si es o no acertado ampliar el concepto de ley penal en blanco alcanzando con él todos los supuestos en los que el legislador recurre a la técnica de la remisión. La extensión del concepto de ley penal en blanco, sin embargo, no parece tener la menor trascendencia práctica, pues ninguno de los autores que toman parte en la discusión extrae de la ampliación del concepto de ley penal en blanco ninguna consecuencia que esté vinculada con la discusión. La disputa resulta, por lo tanto, puramente nominalista y de reducido interés dogmático. En Alemania lo había señalado Mezger[131]: "jurídico-penalmente la forma especial de la legislación mediante leyes penales en blanco carece de significación" (...) "la complementación necesaria es siempre parte esencial del tipo. El tipo complementado, sin embargo, cumple precisamente la misma función que cualquier otro tipo[132]". Si esto es así, las leyes penales en blanco no deben plantear

129 *STS* del 20/9/90.
130 *STC* 127/90.
131 Mezger, *Strafrecht, ein Lehrbuch*, 3ª ed., 1949, p. 196 y siguientes.
132 Cfr. también Rengier, en *KK OWiG*, § 11, p. 24.

problemas especiales respecto del error, ni respecto de la exigencia de determinación estricta del comportamiento prohibido. La cuestión de si en las leyes penales en blanco la existencia de la norma complementaria debe ser objeto de conocimiento del dolo no es producto de la técnica de la remisión, sino de la estructura del tipo resultante. Si éste se agota en la mera desobediencia de un deber impuesto por la norma complementaria, su conocimiento será seguramente necesario para el dolo[133]. Dicho de otra manera: las limitaciones que se quieran introducir respecto de la teoría estricta de la culpabilidad en materia de error de prohibición no se deben deducir de la técnica de la remisión, sino, en todo caso, de otras consideraciones (por ejemplo, la "indiferencia ética" de las reglas del derecho penal administrativo que, por lo general, complementan la ley penal en blanco, o las dificultades que la técnica de la remisión puede ocasionar al ciudadano en relación a su información sobre el derecho vigente).

b — Significación constitucional

311. — Las leyes penales en blanco pueden adquirir, sin embargo, significación constitucional cuando la norma complementadora proviene de una instancia que carece de competencias penales. Esta situación práctica es la que probablemente dio origen a las leyes penales en blanco[134]. Por el contrario, si la autoridad que sancione la prohibición o el mandato de acción complementario tiene competencia penal, las leyes penales en blanco no deberían ofrecer más problemas que los propios de la remisión (por ejemplo, dificultades para el conocimiento de las leyes penales por parte de los ciudadanos).

Esta situación se puede presentar actualmente en España, donde la Administración, las comunidades autónomas y los municipios carecen de competencia en materia penal (art. 149.1.6ª, *CE*), pero el Código Penal español utiliza la técnica de la remisión en diversas disposiciones que se refieren a normas de distinta jerarquía normativa. Así, por ejemplo, el art. 363 remite a "leyes o reglamentos sobre caducidad o composición (de productos alimentarios)", el art. 325 a "leyes

133 Jakobs, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 2ª ed., 1991, p. 234.
134 Binding, *Die Normen und ihre Übertretung*, 4ª ed., 1922, t. I, p. 164.

u otras disposiciones de carácter general protectoras del medio ambiente", el art. 305 a los deberes fiscales establecidos en relación con la Hacienda Pública estatal, autonómica, foral y local; el art. 305.3 a la infracción de deberes fiscales "contra la Hacienda de las Comunidades"; el art. 310 a la "ley tributaria" y el art. 348 remite a las "reglas de seguridad establecidas", que, como parece claro, pueden provenir de decisiones sobre reglas técnicas de seguridad correspondientes a entidades privadas sin poder estatal. En la jurisprudencia se ha considerado ocasionalmente que el delito de tráfico de drogas (art. 368, Cód. Penal) contiene una ley penal en blanco que remite a la Convención Unica de Naciones Unidas del 30/3/61, dando por supuesto que la remisión puede ser tácita. De estas remisiones parecería surgir la conclusión de que el rango normativo del precepto complementador es indiferente. Sin embargo, cabe plantear una cuestión. ¿Bajo qué condiciones una norma sin jerarquía legal (leyes de comunidades autónomas, reglamentos, ordenanzas municipales) pueden complementar una ley penal en blanco? La respuesta que se da a la cuestión depende de cuáles son los derechos afectados por el mandato o la prohibición.

312. — Si se trata de leyes de las comunidades autónomas, reglamentos, etcétera, que contienen normas que afectan derechos fundamentales, tales mandatos y prohibiciones deberán tener su fundamento en una ley orgánica. El Tribunal Constitucional estableció en su *STC* 140/86 que las penas que afectan derechos fundamentales tienen reserva de ley orgánica (art. 81, *CE*), aunque no se pronunció sobre las exigencias que debe cumplir el precepto complementador. De todos modos, es evidente que si el precepto importa una limitación de derechos fundamentales, serán de aplicación las mismas reglas y la limitación deberá ser autorizada por ley orgánica. La única diferencia que puede existir entre la pena y el precepto cuya transgresión se sanciona está dada por el art. 149.1.6ª de la *CE* que declara de carácter exclusivo la competencia del Estado para establecer las penas, dejando abierta la posibilidad de que sean las comunidades autónomas las que establecen los preceptos.

313. — Si se trata de otros derechos constitucionales sólo se exige una ley (art. 53.1, *CE*), que el Tribunal Constitucional ha entendido

puede ser la ley de una comunidad autónoma, pero siempre y cuando no afecte "a las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales"[135]. En este caso, los reglamentos, disposiciones municipales, etcétera, deberán tener su respaldo en una ley que podrá ser del Estado o de una comunidad autónoma.

314. — Las condiciones que a su vez debe respetar el reglamento o las otras disposiciones sin jerarquía legal no han sido hasta ahora establecidas ni por el Tribunal Constitucional ni por el Tribunal Supremo de una manera estricta. El Tribunal Constitucional ha tratado la cuestión de cuál debe ser el grado de concreción de la norma legal (orgánica) que autoriza legislación autonómica en materia fiscal. La cuestión tiene singular importancia respecto del delito fiscal (art. 305, Cód. Penal). En la *STC* del 4/10/90 ha entendido que una autorización genérica contenida en el art. 12 de la *LOFCA* respecto de la facultad de las comunidades autónomas de establecer recargo sobre impuestos estatales (similar a lo que establece el art. 157 de la *CE*) es suficiente fundamento para que una comunidad autónoma imponga un recargo impositivo equivalente al tres por ciento sobre el *IRPF*. El Tribunal Constitucional estimó que no es necesario que la autorización concedida por la Ley Orgánica deba contener una autorización pormenorizada y, por lo tanto, si cuando la Ley Orgánica no señala límites a las facultades fiscales, el legislador autonómico estará o no limitado en el ejercicio de las mismas. Sin embargo, tres magistrados sostuvieron en voto particular la necesidad de una autorización pormenorizada contenida en la ley reguladora de cada impuesto. La tesis de la minoría del Tribunal Constitucional en la *STC* del 4/10/90 tiene una notoria cercanía con la "teoría de la esencialidad" expuesta por el *BVerfG* (61/260), que exige una decisión del legislador sobre todas las cuestiones esenciales que afecten ámbitos normativos básicos y sobre todo en materia de derechos fundamentales[136].

315. — Cualquiera que sea el entendimiento que se quiera dar a la *STC* del 4/10/90 en el marco del derecho fiscal, lo cierto es que cabe

135 *STC* 37/81.

136 Cfr. Pieroth - Schlink, *Grundrechte-Staatsrecht*, 3ª ed., 1987, t. II, p. 70.

preguntarse si decisiones normativas autonómicas o locales basadas en autorizaciones genéricas y vagas pueden complementar leyes penales en blanco. Concretamente: si una ley como la de la *CAM* sólo fundada en el art. 12 de la *LOFCA* puede ser complemento del art. 349 del Cód. Penal (actual art. 305). La respuesta, negativa no parece evitable, pues si bien la ley autonómica fiscal en cuestión puede ser constitucional, lo cierto es que el precepto que complementaría la ley penal no parece provenir de una decisión del Parlamento del Estado, toda vez que éste no decidió sobre qué impuestos autorizaba el recargo ni qué porcentaje podía alcanzar.

c — Efectos de la declaración de inconstitucionalidad del complemento normativo

316. — De singular interés resulta en la práctica la cuestión de los efectos de la declaración de inconstitucionalidad de las normas complementarias de las leyes penales en blanco, en la medida en que modifican la situación jurídica y pueden dar lugar a la aplicación del art. 24 del Cód. Penal (actual art. 2°), que establece la retroactividad de las leyes más favorables al acusado. Tal problemática se ha planteado recientemente como consecuencia de las *SSTC* 209/88 y 45/89, que declararon la inconstitucionalidad, por oposición a los arts. 14 (principio de igualdad) y 31 de la *CE* (igualdad en la tributación), de las normas de la ley 44/78 (reformada por la ley 48/45) que imponían a los cónyuges tributar el *IRPF* en forma conjunta, lo que resultaba perjudicial comparativamente frente a personas no casadas. El Tribunal Constitucional entendió en estas sentencias que el matrimonio no podía constituir un fundamento admisible del aumento de las cargas fiscales.

317. — Como consecuencia de estos precedentes la Audiencia Provincial de Madrid[137] y la Audiencia Provincial de Las Palmas[138] establecieron que, teniendo en cuenta que el Tribunal Constitucional había decidido que no era posible determinar la cuantía cuyo pago

137 Sentencia del 27/3/89, *LLespañola*, 1989-2-326 y siguientes.
138 Sentencia del 14/12/89, *LLespañola*, ejemplar del 7/3/90, p. 3 y siguientes.

había sido eludido mientras que no se dictaran nuevas normas y que las vigentes en el momento del cumplimiento del deber fiscal no eran aplicables, no existía la posibilidad de determinar el montante de la infracción y que ello excluía la posibilidad de aplicar el art. 349 (actual art. 305 del Cód. Penal sobre delito fiscal) a los casos de elusión de impuestos cometidos por personas casadas antes de la declaración de inconstitucionalidad, pues se debería dar preferencia a la ley más favorable al acusado (art. 24, Cód. Penal, actual art. 2º). La cuestión fue resuelta por el Tribunal Supremo en *STS* del 27/12/90 sin necesidad de decidir sobre este aspecto, pues se entendió que en el caso concreto a resolver la cuestión no tenía incidencia.

318. — El problema del entendimiento del efecto retroactivo favorable al acusado de las variaciones de las normas complementadoras de las leyes penales en blanco ha dado lugar en España a una jurisprudencia cambiante del Tribunal Supremo: mientras la *STS* del 31/1/1871 entendía que el art. 24 del Cód. Penal (actual art. 2º—efecto retroactivo de la ley más beneficiosa—) no era aplicable más que en los casos de modificación de la penalidad, las *SSTS* del 8/11/63, 25/9/85 y 13/6/90 extendieron la aplicación de dicha disposición a los preceptos administrativos y a la norma extrapenal complementadores de una ley penal en blanco. La jurisprudencia española ha seguido una evolución similar a la alemana, en la que hasta la sentencia del Tribunal Constitucional Federal alemán contenida en *BGHSt* 20, 178 y siguientes se sostuvo que en las leyes penales en blanco no cabía admitir una modificación de la ley penal cuando sólo se habían reformado normas extrapenales[139].

319. — En la jurisprudencia y en la teoría española, sin embargo, no se han planteado hasta ahora —como en la teoría alemana— puntos de vista excluyentes de la aplicación retroactiva de la ley más favorable en los casos en los que lo ilícito del hecho permanece intacto o en los que la norma modificada no afecte al deber de obediencia[140].

[139] Cfr. *RG* 31, 225; *BGH* 7, 294 y 20, 178.

[140] Cfr. Eser, en Schönke - Schröder - Eser, *Strafgesetzbuch, Kommentar*, 18ª ed., 1976, § 2, 26; Jakobs, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, p. 84; Dreher - Trondle, *Strafgesetzbuch, Kommentar*, § 2, nº 8; otro punto de vista Tiedemann, en "NJW", 86, p. 2476.

Si se admitieran estas limitaciones a la eficacia de la ley más favorable, el Tribunal Supremo español debería decidir si la nulidad de las disposiciones de la ley del impuesto a la renta de las personas físicas afecta a la obligación de declarar los ingresos obtenidos o si, por el contrario, sólo ha resultado afectado un aspecto de la regulación legal fiscal que no incide sobre el deber de declarar, sino sobre otros aspectos de la regulación. En este contexto el Tribunal Supremo debería también decidir si la nulidad decretada por el Tribunal Constitucional impide realmente calcular la cantidad del impuesto evadida y especialmente si los efectos fiscales establecidos por la *STC* 45/89 son también vinculantes para la determinación de la condición objetiva de punibilidad del art. 349 del Código Penal (actual art. 305).

320. — La *STC* del 4/10/90 ha reiterado una cuestión que sin duda puede perturbar el panorama hasta ahora estabilizado respecto de la aplicación del antiguo art. 24 del Cód. Penal, cuyo contenido aparece en el art. 2°.2 del Cód. Penal vigente. Esta sentencia ha insistido en que, como ya lo había declarado la *STC* 126/87, "no existe una prohibición constitucional de la legislación tributaria retroactiva" (fundamento jurídico 8°). El Tribunal aclara, de todos modos, que esta premisa encuentra sus límites allí donde resulte afectada la seguridad jurídica. Cualquiera sea el entendimiento que quepa dar a esta afirmación en el derecho tributario, no parece discutible, sin embargo, que la prohibición de retroactividad de las leyes penales, que el Tribunal Constitucional ha considerado como expresión del principio de seguridad jurídica[141], no permitirá extender la protección del art. 305 del Cód. Penal a las leyes tributarias dictadas con posterioridad al hecho que se pretende sancionar. En esta problemática parece claro que la prohibición de retroactividad no alcanza exclusivamente a la norma (prohibición o mandato de acción), sino también a las circunstancias que permitan determinar las condiciones de punibilidad previstas por el art. 305 del Cód. Penal y que no forman parte de aquélla (la cantidad de cinco millones de pesetas), pues el principio de legalidad penal exige en todo caso la calculabilidad exacta de la punibilidad y, como es obvio, también este límite afecta a la seguridad jurí-

[141] *SSTC* 62/82 y 373/85.

dica individual. Sin embargo, respecto a las condiciones de punibilidad, la solución podrá ser discutible si se considera que la expectativa referente a estos últimos elementos no constituye un interés constitucionalmente protegible, extendiendo a esta materia por analogía el punto de vista que ocasionalmente ha sostenido el Tribunal Constitucional Federal alemán respecto de los plazos de prescripción.

321. — El problema de la retroactividad también se puede plantear respecto de las condiciones o límites exteriores de la perseguibilidad de los ilícitos fiscales. Por ejemplo, en relación a hechos cometidos bajo la vigencia del secreto bancario y descubiertos una vez dejado éste sin efecto. El merecimiento de protección de estos intereses es pequeño, pero ello no excluye la posibilidad de considerar que el secreto bancario pueda haber tenido en su momento una cierta influencia sobre la intensidad de la pretensión imperativa de la norma y que, por lo tanto, debería ser objeto de un estudio especial.

d — ¿Causas de justificación en blanco?

322. — El derecho español conoce un fenómeno inverso al de las leyes penales en blanco: una "causa de justificación en blanco" contenida en el art. 20.7° del Cód. Penal, según el cual obra justificadamente el que lo hace "en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo". En este trabajo no es posible examinar toda la problemática de esta disposición. Sin embargo, resulta oportuno hacer referencia a la significación constitucional que este artículo ha adquirido en relación al ejercicio de derechos fundamentales. Es sabido, de todos modos, que en el ámbito de las causas de justificación la reserva de ley carece de la significación que tiene respecto del tipo penal.

323. — El Tribunal Constitucional español ha admitido la invocación de ciertos derechos fundamentales como causas de justificación. En particular ha sostenido a partir de la *STC* 104/86 que el derecho a la libertad de expresión e información (art. 20, *CE*) puede ser invocado como causa de justificación por la vía del art. 20.7° del Cód. Penal en los delitos contra el honor, siempre que en el caso concreto re-

sultara preferente sobre el derecho al honor. Esta misma posición ha sido expuesta por el Tribunal Supremo en diversas sentencias[142].

324. — El mismo punto de vista ha sido sostenido, además, por el Tribunal Supremo en relación al delito de desórdenes públicos[143] en el que se planteó la posibilidad de invocar el derecho de reunión (art. 21, *CE*) como causa de justificación, cuando aparecía como preponderante frente a otros derechos constitucionales o cuando sólo afectaba de una manera no importante tales derechos[144].

325. — De esta manera, los derechos fundamentales de la libertad de expresión y de reunión y manifestación adquieren el carácter de causas de justificación en el ámbito del derecho penal cuando, como consecuencia de una ponderación de bienes, tienen preponderancia sobre otros derechos constitucionales. Hasta ahora esta posibilidad de invocar derechos fundamentales como causas de justificación se ha limitado a los mencionados derechos de la libertad de expresión e información y de reunión y manifestación.

326. — En la teoría alemana este punto de vista ha sido ocasionalmente rechazado[145]. La cuestión se discute a propósito de la posibilidad de un concepto material de antijuridicidad. En este marco se considera que la caracterización del principio de ponderación de bienes y deberes "como una causa supralegal de justificación podría poner en peligro la seguridad jurídica cuando tuviera lugar mediante puras cláusulas generales como la del 'medio justo para un fin justo' o la de 'más utilidad que daño' "[146]. Esta opinión se refuerza con la in-

[142] Cfr. *SSTS* del 21/1/88, 3/6/88, 22/9/89, 31/1/89 y 24/7/89. En estas sentencias se hace referencia al art. 8.11° del anterior Cód. Penal, cuyo contenido era idéntico al del actual art. 20.7°.

[143] Cfr. Jurisprudencia seleccionada del Tribunal Supremo, Sala 2ª, 1989-I, S 60; 1989, II, SS 50 y 59.

[144] Cfr. también *STC* 59/90.

[145] Hirsch, *Leipziger Kommentar*, 10ª ed., 1985, 13, vor § 32; Jescheck, *Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil*, 4ª ed., 1988, p. 211; otro punto de vista Tiedemann, en "JZ", 1969-721 y siguientes.

[146] Cfr. Jescheck, *Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil*, 4ª ed., 1988, p. 211; en el mismo sentido; Hirsch, *Leipziger Kommentar*, 10ª ed., 1985.

necesariedad actual de ampliar el catálogo de causas de justificación luego de la incorporación del estado de necesidad justificante en el Código Penal (§ 34, *StGB*).

327. — Si bien se mira, esta crítica no se dirige tanto a la posibilidad de invocar derechos fundamentales como causas de justificación, como a la creación de causas de justificación supralegales. En este sentido, está fuera de toda duda que los derechos fundamentales no carecen de un apoyo expreso en el orden jurídico ni son simples creaciones basadas en el interés preponderante. El reconocimiento de sus efectos justificantes, por lo tanto, no proviene de una libre ponderación de bienes y deberes, sino de su reconocimiento constitucional como derechos cuyo contenido esencial debe ser respetado por las leyes ordinarias. Esto no excluye que el principio de la ponderación de bienes y deberes tenga una función legítima, no ya como fundamento de la justificación, sino como instrumento para resolver los conflictos entre derechos fundamentales o entre derechos constitucionales[147]. Por lo tanto, aun cuando el art. 20.7° del Cód. Penal no formara parte del texto del Código, los derechos fundamentales podrían, en principio, ser invocados como causas de justificación.

328. — De cualquier manera, es preciso señalar que, muy probablemente, no todos los derechos fundamentales tienen la estructura de una proposición permisiva. Dicho de otra manera: es posible que algunos derechos fundamentales no acuerden un derecho de acción. Piénsese en este sentido en el derecho a la igualdad (art. 14, *CE*), en el derecho "a la resocialización" (art. 25, *CE*), o en el derecho a la presunción de inocencia. Estos derechos fundamentales imponen al Estado obligaciones respecto del trato que se debe dar a las personas, pero no parece que otorguen autorizaciones para la realización de acciones que puedan producir peligro para bienes jurídicos ajenos. La cuestión requiere, por lo tanto, profundizar en las relaciones entre los derechos fundamentales y las causas de justificación y en la estructura de ambos. El Tribunal Supremo en la *STS* del 21/12/88 ha sostenido que sólo pueden ser invocados con el alcance del art. 20.7° del Cód. Penal, "los derechos subjetivos públicos cuya finalidad pre-

147 Ver *BGHSt.* del 21/6/90, en "NStZ", 1990, 12, 586.

tende ser la protección de derechos individuales". A ello se debería agregar que tales derechos sólo podrían ser invocados en el marco del art. 20.7° del Cód. Penal cuando acuerden una facultad de actuar que, al colisionar típicamente con otro derecho público subjetivo, resulte preponderante frente al vulnerado.

329. — Así también puede adquirir especial significación el problema del rango de la proposición permisiva. Binding[148] sostenía que sólo por la ley general se podían crear las excepciones de las normas creadas también por ley; "naturalmente —decía— que la fuente jurídica competente para la sanción de la norma también lo es para establecer sus excepciones. Se debe considerar inadmisible la penetración de las normas del derecho común por excepciones del derecho particular". La cuestión no ha sido hasta ahora tratada en la doctrina, probablemente porque el principio de legalidad no rige respecto de las causas de justificación en la misma forma en relación a los tipos penales. Sin embargo, esta problemática no puede dejar de plantearse respecto a la posibilidad de invocar sobre la base del art. 20.11° del Cód. Penal las reglas deontológicas instituidas por colegios o asociaciones profesionales (por ejemplo, médicas): ¿es admisible que ciertos grupos creen sus propias causas de neutralización del derecho penal estatal?

B — El principio de culpabilidad

— § 23 —

FUNDAMENTO, CONTENIDO Y FUNCION DEL PRINCIPIO DE CULPABILIDAD

— *a* —

330. — Los *fundamentos* del principio de culpabilidad son el derecho al libre desarrollo de la personalidad y la dignidad de la persona (art. 10.1, *CE*). Su jerarquía constitucional deriva de esta vincula-

148 Binding, *Die Normen und ihre Übertretung*, 4ª ed., 1922, t. I, p. 165.

ción con las bases del orden político español y ha sido categóricamente reconocido en la *STC* 150/91, en la que, sin embargo, no se ha establecido claramente de dónde surge tal reconocimiento.

331. — El principio de culpabilidad excluye la legitimidad de toda pena que no tenga por presupuesto la culpabilidad del autor y que exceda la gravedad equivalente a la misma. De esta manera, el principio de culpabilidad se propone evitar que una persona pueda ser tenida por un medio para la realización de algún fin, es decir, se propone evitar la vulneración de la *dignidad de la persona.*

332. — La *esencia de la culpabilidad*[149] no reside en el carácter del autor, ni en la conducta de su vida, sino en la posibilidad de haber actuado de otra manera en el caso concreto (culpabilidad por el hecho). En este sentido dice la *STC* 150/91 que "la Constitución española consagra sin duda un principio estructural básico del derecho penal de manera que no sería legítimo un derecho penal de autor, que determinara las penas en atención a la personalidad del reo y no según la culpabilidad de éste en la comisión de los hechos". De estas consideraciones de la *STC* 150/91 se deduce que, si la culpabilidad tiene estos efectos en relación a la determinación de la pena, es porque, implícitamente, se la reconoce también como un presupuesto de la pena, es decir, como una condición de la responsabilidad penal[150].

— *b* —

333. — El principio de culpabilidad tiene una doble incidencia en el sistema de responsabilidad penal: por un lado condiciona el *si* de la pena; por el otro el *cuánto* de la misma. Dicho con otras palabras: sólo es punible el autor, si ha obrado culpablemente; la gravedad de la pena que se le aplique debe ser equivalente a su culpabilidad.

[149] Cfr. Jescheck - Waigend, *Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil*, 5ª ed., 1996, p. 23.

[150] Pronunciamientos semejantes ha tenido el Tribunal Constitucional Federal alemán *(BVerfG)* en su sentencia del t. 25, p. 269 y ss. y la Corte Costituzionale italiana en la *SCC* 364/88.

334. — Por lo tanto, desde la primera perspectiva, es decir, desde la de los *presupuestos de la pena,* el principio de culpabilidad determina las siguientes consecuencias:

a) No es admisible la *responsabilidad por el mero resultado* (responsabilidad objetiva), sin que medie dolo o imprudencia (art. 5°, Cód. Penal).

b) Se debe reconocer el *error sobre los hechos* y, al menos, sobre la *antijuridicidad* (art. 14, Cód. Penal).

c) Sólo puede ser responsable quien tenga las *condiciones espirituales para cumplir con el derecho* (arts. 19 y 20, 1°, 2° y 3°, Cód. Penal).

335. — Desde la perspectiva de la individualización de la pena el principio de culpabilidad tiene dos consecuencias:

a) La pena debe ser *proporcionada a la gravedad de la culpabilidad.*

b) Las *necesidades de prevención* —especial o general— no pueden justificar una pena que supere en gravedad a la de la culpabilidad.

336. — El derecho vigente es sumamente defectuoso en la regulación de la incidencia del principio de culpabilidad en el ámbito de la determinación de la pena.

En primer lugar, es defectuoso porque el Código de 1995 ha mantenido en su art. 66 el obsoleto sistema cuantitativo del antiguo art. 61, sin establecer que la culpabilidad por el hecho es la base de la individualización de la pena.

En segundo lugar, porque el principio de culpabilidad, como se vio, puede ser desconocido en el derecho vigente por la aplicación automática de la agravante de reincidencia (art. 20.8ª, Cód. Penal). Por ello es necesario entenderla de manera conforme a la Constitución (art. 5°.1, *CE*), es decir, al principio de culpabilidad[151], dejando de lado una aplicación automática cuando pueda vulnerar el principio de culpabilidad.

[151] Así *STS* del 6/4/90, entre otras.

—§ 24—

PRINCIPIO DE CULPABILIDAD Y CONCEPTO JURIDICO-PENAL DE CULPABILIDAD

337. — El principio de culpabilidad no es determinante en forma absoluta del concepto de culpabilidad de la teoría del delito. Naturalmente influye en él, pero sin determinar su estructura. No obstante ello, de acuerdo con lo establecido en la *STC* 150/91, un concepto de culpabilidad basado en la culpabilidad de carácter o en la culpabilidad por la conducta de la vida, es decir, en la "culpabilidad" de la personalidad del autor, resultaría incompatible con la Constitución. Por el contrario, cuestiones como si el dolo y la culpa son elementos del concepto de culpabilidad o no, si la conciencia de la antijuridicidad debe ser actual o sólo potencial, si el estado de necesidad debe excluir la culpabilidad o la responsabilidad por el hecho, etcétera, no dependen del principio de culpabilidad. En todo caso, la culpabilidad como presupuesto de la pena y la culpabilidad como fundamento de la determinación cuantitativa de la pena aplicable difieren en su contenido de una manera clara. Mientras la primera tiene la misión de *constatar* los elementos que fundamentan la reprochabilidad del autor, la segunda tiene que *establecer los criterios de la medición* de la gravedad del reproche.

—§ 25—

CRITICAS AL PRINCIPIO DE CULPABILIDAD

338. — En la doctrina no faltan críticas al principio de culpabilidad.

a) Una buena parte de las críticas se han basado en la suposición de que la culpabilidad presupone libertad de voluntad y que ésta es indemostrable[152]. Gran parte de esta crítica se responde con la comprobación de que tampoco está demostrado lo contrario. De todos modos no se puede negar que en el caso concre-

[152] Ver por ejemplo Gimbernat Ordeig, *Estudios de derecho penal*, 3ª ed., 1990, p. 140 y siguientes.

to la culpabilidad sólo puede ser demostrada mediante la comparación del autor con nuestra experiencia general sobre la libre determinación.

b) Otro sector de la doctrina (Hassemer) ha propuesto el reemplazo del principio de culpabilidad por el principio de proporcionalidad. Este punto de vista no tiene en cuenta que el principio de culpabilidad, aunque no sólo, es en parte un principio de proporcionalidad que establece la relación que debe existir entre la pena y determinados elementos de la conducta (los que fundamentan la reprochabilidad).

c) Finalmente se sostiene que la formulación actual del principio de culpabilidad, que limita los fines preventivos a la gravedad de la culpabilidad es incompatible con la idea de que "una pena inútil carece de legitimidad en un Estado secularizado"[153]. Si se aceptara tal punto de vista resultaría que, paradójicamente, "la pena adecuada para el fin (preventivo) sin la limitación del principio de culpabilidad trataría a la persona como una cosa, pero que la pena limitada más que marginalmente por medio de la culpabilidad perdería su idoneidad para alcanzar el fin"[154]. Dicho con otras palabras: cuando las necesidades preventivas superen la pena adecuada a la gravedad de la culpabilidad, la pena aplicable no será socialmente útil en relación a la finalidad de la pena y no podría ser legítima.

339. — Esta crítica presupone que es posible determinar de una manera exacta la idoneidad de la pena para alcanzar un determinado fin. Ello requeriría —al menos en relación a la prevención especial y la prevención general en sentido tradicional— una demostración empírica que la ciencia actual no ha podido proporcionar. Por lo tanto, en la medida en la que la idoneidad de la pena para alcanzar los fines preventivos tradicionales es altamente dudosa, la limitación de la pena aplicable a una que equivalga a la gravedad de la culpabilidad impide la utilización de las personas para obtener fines que no se sabe si son alcanzables. De esta manera, lo que queda claro es que las

153 Jakobs, *Das Schuldprinzip*, 1993, p. 7 y siguiente.
154 Jakobs, *Das Schuldprinzip*, 1993, p. 8.

teorías relativas de la pena sólo constituyen una racionalización aparente del *ius puniendi,* pues su validez depende de una demostración empírica de la que carecen.

340. — ¿Vale esta respuesta también respecto de la *prevención general positiva*? La prevención general positiva, en verdad, sólo puede y pretende afirmar que la estabilización de la norma requiere la aplicación de una pena. Pero respecto de la *cantidad de la pena aplicable* tampoco esta teoría puede establecer criterios más seguros que las otras teorías preventivas. Por lo tanto, también respecto de ella vale la respuesta antes formulada.

Capítulo III

La validez de la ley penal

A — Validez espacial de la ley penal

341. — La ley penal importa un ejercicio de la soberanía del Estado, lo mismo que el resto de la legislación estatal. Por ende, su validez aparece limitada en el espacio por la extensión dentro de la cual se reconoce en la comunidad internacional el ejercicio de la soberanía.

342. — Las reglas del derecho penal del Estado que establecen el ámbito en el que las propias leyes penales son aplicables con exclusión de las de otros Estados son propiamente reglas del derecho interno de aquél. Sin embargo, han sido designadas con frecuencia como "derecho penal internacional"[1].

343. — Se trata de disposiciones que se refieren a la aplicación del derecho penal del Estado en casos en los que, por el lugar de comisión o por la nacionalidad o estatuto personal del autor o de la víctima, cabría la posibilidad de aplicar el derecho penal de otro Estado. En este sentido pueden ser consideradas normas para resolver la colisión de diversos derechos penales aplicables a un caso, aunque ambas caracterizaciones se han calificado frecuentemente como excluyentes: o es derecho de aplicación o es derecho de colisión[2].

[1] Confr. por ejemplo, Liszt - Schmidt, *Lehrbuch de deutschen Strafrechts*, 1932, p. 121; Mezger, *Strafrecht, ein Lehrbuch*, 3ª ed., 1949, p. 57; Quintano Ripollés, *Tratado del derecho penal internacional e internacional penal*, 1957.

[2] Jescheck, en Strupp - Schlohaner, *Wörterbuch des Völkerrechts*, t. III, p. 396.

344. — En tanto expresión de la soberanía, las reglas que establecen la extensión del propio derecho penal no pueden conceder al Estado un derecho a intervenir dentro del ámbito propio de la soberanía de otro Estado. De ahí que, cuando el autor del delito se encuentre físicamente bajo la autoridad de otro Estado, se requiera un procedimiento especial para poder aplicarle la propia ley y juzgarlo ante los propios tribunales (extradición).

345. — La validez espacial de la ley se determina de acuerdo con una serie de principios que, en distinta medida, conforman el sistema de derecho penal internacional de cada legislación. En la actualidad existe a este respecto un extendido consenso legislativo.

— § 26 —

APLICACION DE LA LEY PENAL EN EL TERRITORIO DEL ESTADO

346. — La ley penal es aplicable a los hechos punibles dentro del territorio del Estado, sin considerar de nacionalidad del autor. El art. 23.1 de la *LOPJ* establece el principio territorial como criterio básico para determinar la jurisdicción de los tribunales españoles. Pero, como se verá, este principio no es el único que rige en el derecho español vigente. El art. 23.1 de la *LOPJ* dice: "En el orden penal corresponderá a la jurisdicción española el conocimiento de las causas por delitos y faltas cometidos en territorio español o cometidos a bordo de buques o aeronaves españolas, sin perjuicio de lo previsto en los tratados internacionales en los que España sea parte". El art. 303 de la *LECr.* establece el principio territorial para determinar el juez competente.

347. — Dos problemas deben solucionarse para llevar a la práctica el principio territorial: establecer qué debe entenderse por territorio del Estado y definir qué debe entenderse por lugar de comisión.

a — Concepto de "territorio"

348. — El concepto de territorio al que aquí nos referimos viene definido por el derecho internacional. El derecho penal no introduce

en este concepto ninguna particularidad[3]. Este concepto se complementa en el art. 23.1 de la *LOPJ* mediante la teoría del territorio flotante o principio de la bandera, según el cual la ley del Estado es aplicable también a los hechos cometidos en buques o aeronaves que lleven su bandera. La circunstancia de que normalmente los buques o aeronaves sólo sean portadores de una bandera elimina todo posible conflicto (para las aeronaves lo dispone así la Convención de Chicago de 1944). En caso de conflicto entre el principio territorial y el de la bandera se otorga primacía a este último (por ejemplo: cuando un delito se comete a bordo de una aeronave dentro del territorio de otro Estado distinto del de su bandera, debe prevalecer la jurisdicción del Estado de ésta). Este criterio está establecido positivamente en el Convenio de Tokio de 1963 (art. 3°, III).

b — Concepto de "lugar de comisión"

349. — Dado que el delito tiene diversos elementos que pueden separarse conceptualmente, la definición del lugar de comisión del delito puede, en principio, vincularse al lugar en el que se haya producido alguno de esos elementos. Así surgieron la teoría de la acción y la del resultado.

350. — Los defensores de la teoría de la acción consideran que la cuestión se vincula con la del tiempo de comisión y que ambas reclaman una respuesta unitaria[4]. De acuerdo con esta teoría la cuestión debe resolverse afirmando que el lugar de comisión es el de la actuación de la voluntad. De esta manera, en los llamados delitos a distancia, es decir, en aquellos en los que la actuación de voluntad tiene lugar en una jurisdicción y el resultado en otra, debe aplicarse la ley del Estado donde tuvo lugar aquélla. Por ejemplo: alguien dispara desde el Estado "A" sobre otro que está más allá de la frontera, en terri-

[3] En detalle sobre España, Jiménez de Asúa, *Tratado de derecho penal. Parte general*, t. II, p. 771 y siguientes.

[4] Frank, *Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich*, 18ª ed., 1931, § 3, IV; Liszt, *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, p. 137.

torio del Estado "B", y que resulta muerto; la ley aplicable sería la del Estado "A". Los fundamentos de esta teoría son los siguientes: en primer lugar, se afirma, tomar en cuenta el resultado no permitiría una solución uniforme porque hay delitos sin resultado (delitos de pura actividad); en segundo lugar, una teoría basada en el resultado determinaría soluciones insatisfactorias cuando, por ejemplo, el autor realiza la acción en un estado de incapacidad de culpabilidad (inimputabilidad) y el resultado se produce cuando ya ha recuperado la normalidad[5]. En este caso habría que sancionar, lo que se considera una solución inadecuada. Otros ejemplos aluden a los cambios legislativos que podrían haber tenido lugar en el tiempo que va, por ejemplo, desde el envío de una carta injuriosa hasta su percepción por el destinatario[6]. En tercer lugar, se alude a las dificultades para determinar el lugar del resultado[7]. La teoría de la acción fue recomendada en 1932 por la 4ª Sección del Congreso Internacional de Derecho Comparado (La Haya)[8].

351. — El punto de vista contrario fue defendido por el propio von Liszt en las primeras ediciones de su libro *Das Reichsstrafrecht*[9]. Teóricamente se afirma que "las fuerzas naturales que operan según la ley de causalidad son la herramienta en la mano del hombre, el medio para realizar su objetivo. El hombre obra mientras estas fuerzas operan; ha obrado tan pronto como éstas han alcanzado su meta"[10]. El lugar de comisión debe ser, por lo tanto, aquel en que "la serie causal en curso alcanza el objeto amenazado"[11]. Por otra parte, se agrega, el Estado donde se produce el resultado debe poder sancionar la perturbación del orden que ha sufrido[12]. En realidad, esta teoría difícilmente puede superar las objeciones que se le hicieron desde el punto de vista contrario.

5 Frank, *Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich*, 18ª ed., 1931, § 3, IV.
6 Liszt, *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, p. 138.
7 Frank, *Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich*, 18ª ed., 1931, § 3, IV.
8 Oehler, *Internationales Strafrecht*, 1973, p. 206; Jiménez de Asúa, *Tratado de derecho penal. Parte general*, t. II, p. 844.
9 Liszt, *Das Reichsstrafrecht*, 1881, p. 74.
10 Liszt, *Das Reichsstrafrecht*, 1881, p. 74.
11 Liszt, *Das Reichsstrafrecht*, 1881, p. 74.
12 Oehler, *Internationales Strafrecht*, 1973, p. 207.

352. — Durante la vigencia del art. 335 de la *LOPJ* de 1870 correspondía a los jueces españoles "el conocimiento de los delitos comenzados a cometer en España y consumados o frustrados en países extranjeros... en el caso de que los actos perpetrados en España constituyan por sí delitos y sólo respecto a éstos". La interpretación de este precepto dio lugar a distintos puntos de vista. La fórmula de la *LOPJ* —art. 335— fue adoptada también en el Código de Derecho Internacional Privado de Bustamante —art. 302—. En este sentido, James Goldschmidt[13] entendió que esta disposición consagraba la teoría del resultado. Conforme a esto la opinión mayoritaria estimó que regía esta última[14]. Sin embargo, la teoría del resultado conduce a soluciones sumamente insatisfactorias en la práctica: si alguien hiere en España a otro que es trasladado a Francia, donde muere, los tribunales españoles sólo podrían juzgarle por el homicidio frustrado, que es hasta donde el hecho se realizó en España[15].

Excepcionalmente Jiménez de Asúa[16] pensó que tal interpretación era incorrecta y que el art. 335 de la *LOPJ* debía entenderse según la teoría de la acción, corrigiéndose de esta manera el texto mediante una interpretación teleológica, aunque reconocía la debilidad de esta solución. También excepcionalmente, Rodríguez Devesa estimó aplicable la teoría de la ubicuidad[17].

353. — Por otra parte, el art. 14 de la *LECr.* hace referencia al lugar donde el delito se haya cometido. Esta fórmula ha sido frecuentemente interpretada como expresión de la teoría del resultado. Sin embargo, el art. 14 no dice nada respecto a dónde debe entenderse cometido el delito. Deja la cuestión abierta a la respuesta que se dé sobre la teoría del resultado, de la acción o de la ubicuidad.

[13] Goldschmidt, *Metodología jurídico-penal*, Madrid, 1935, p. 17.

[14] Rodríguez Mourullo, *Derecho penal. Parte general*, t. I, p. 159; Gimbernat Ordeig, *Introducción a la parte general del derecho penal español*, Madrid, 1979, p. 27; Cerezo Mir, *Curso de derecho penal español*, p. 229 y ss.; Cobo del Rosal - Vives Antón, *Derecho penal. Parte general*, 1980, t. I, p. 192.

[15] Rodríguez Mourullo, *Derecho penal. Parte general*, t. I, p. 159.

[16] Jiménez de Asúa, *Tratado de derecho penal. Parte general*, t. II, p. 845.

[17] Rodríguez Devesa, *Derecho penal español. Parte general*, 5ª ed., 1976, p. 384, lo mismo que Gimbernat Ordeig, *Introducción a la parte general del derecho penal español*, Madrid, 1979, p. 27.

354. — En la actualidad puede considerarse dominante la teoría de la ubicuidad[18]. Según ella el delito debe reputarse cometido tanto donde se produce el resultado como allí donde se ha ejecutado la acción. Precursor de esta teoría ha sido sobre todo Binding[19]. El fundamento teórico de la teoría de la ubicuidad reside en la unidad que constituyen, típicamente considerados, la acción y el resultado, lo que impediría su separación y consideración aislada.

La teoría de la ubicuidad establece que los *delitos de omisión* se deben reputar cometidos en el lugar en el que se hubiera debido ejecutar la acción. Esta teoría es también de aplicación a los efectos del art. 65.1°.3 de la *LOPJ*, es decir para determinar si un delito, cuyo conocimiento es de la competencia de los tribunales españoles, ha sido cometido fuera del territorio. En este caso, sólo se entenderán cometidos *fuera* del territorio español aquellos hechos en los que *ninguno* de sus elementos hayan tenido lugar en territorio nacional.

355. — En cierto sentido es inexplicable que el Código Penal de 1995 no contenga un criterio respecto del lugar de comisión del delito. De esta manera se perdió la oportunidad de subsanar la omisión en la que ya se había incurrido al sancionar la *LOPJ* (*LO* 1/85). El vacío del derecho vigente se debe resolver en el sentido de la teoría de la ubicuidad, que es absolutamente predominante en el derecho penal europeo (Cód. Penal alemán, § 9; Cód. Penal austriaco, § 67; Cód. de Proc. francés, art. 693; Cód. Penal griego, art. 1.6; Cód. Penal italiano, art. 6).

356. — En la *jurisprudencia* la teoría de la ubicuidad ha sido acogida en la *STS* del 13/11/92. Sin embargo, en los delitos de omisión la jurisprudencia se ha inclinado por considerar como lugar de comisión el del domicilio del omitente. Este punto de vista es claramente erróneo, dado que cuando el omitente tenga el domicilio fuera del territorio español será imposible aplicarle la ley española. Piénsese en el español que omite incorporarse a filas (art. 604, Cód. Penal) y tie-

[18] Oehler, *Internationales Strafrecht*, 1973, p. 208; Jiménez de Asúa, *Tratado de derecho penal. Parte general*, t. II, p. 829.

[19] Binding, *Handbuch des Strafrechts*, 1885, t. I, ps. 414 a 423; ídem, *Grundriss des Deutschen Strafrechts, Allgemeiner Teil*, 8ª ed., 1913, p. 82.

ne domicilio fuera del territorio nacional. En algunas resoluciones, de todos modos, el Tribunal Supremo ha hecho constar que el criterio aplicado no sería aplicable si el omitente tuviese domicilio fuera del territorio nacional.

— § 27 —

PRINCIPIOS QUE JUSTIFICAN LA APLICACION DE LA LEY PENAL A HECHOS COMETIDOS FUERA DEL TERRITORIO DEL ESTADO

357. — La pretensión del Estado de aplicar las propias leyes no termina en los límites de su territorio. En las legislaciones vigentes y en la teoría se encuentran extensiones del ámbito de aplicación de la ley penal a hechos cometidos fuera del territorio. Dichas extensiones se justifican sobre la base de principios diversos del territorial.

a — Principio real o de defensa

358. — Este principio afirma la aplicación de la ley del Estado a hechos cometidos fuera del territorio nacional pero que se dirigen a bienes jurídicos que se encuentran en él. Básicamente se considera que este principio se refiere a la protección de bienes jurídicos del propio Estado y que afectan a su integridad como tal (delitos de alteración del orden público, traición a la patria, moneda y de documentos nacionales, etcétera). Si, por el contrario, el hecho cometido en el extranjero, es decir, fuera del territorio del Estado, se dirige contra bienes jurídicos individuales que merecen la protección del derecho penal nacional, la extensión de su aplicación se justifica sobre la base del principio de la nacionalidad (principio pasivo de la nacionalidad).

359. — El principio real o de defensa está recogido en España en el art. 23.2 de la *LOPJ* y rige con relación a los delitos de traición y contra la paz o la independencia del Estado; contra el Titular de la Corona, su consorte, su sucesor o el Regente; de rebelión y sedición; de falsificación de la firma o estampillas reales, del sello del Estado, de las firmas de los ministros y de los sellos públicos u oficiales; de falsifica-

ción de moneda española y su expedición, así como cualquier otra falsificación que perjudique directamente al crédito o interés del Estado; de atentado contra autoridades o funcionarios públicos españoles; los delitos perpetrados por funcionarios públicos españoles en el ejercicio de sus funciones, si tuvieran residencia en el extranjero; los cometidos contra la Administración Pública española y los relativos al control de cambios.

b — Principio de la nacionalidad o de la personalidad

360. — Es el principio que justifica la aplicación de la ley penal a hechos cometidos fuera del territorio del Estado en función de la nacionalidad del autor (principio de la nacionalidad activo) o del titular del bien jurídico lesionado o puesto en peligro por el delito (principio de la nacionalidad pasivo). La idea fundamental del principio en su aspecto activo es la obediencia exigida al súbdito de un Estado respecto de la legislación de éste, cualquiera sea el lugar en que se encuentre. Por lo general, el principio de la nacionalidad o personalidad tiene en la actualidad una vigencia muy reducida.

361. — En España el principio personal de la nacionalidad está consagrado en el art. 23.2 de la *LOPJ*. La aplicación de la ley penal española al nacional que ha cometido el hecho fuera del territorio español requiere:

a) El hecho debe ser punible en el lugar de ejecución.
b) El agraviado o el Ministerio Fiscal deben haber formulado denuncia o querella ante los tribunales españoles.
c) El acusado no debe haber sido condenado, absuelto o indultado en el extranjero. En este caso cabe la aplicación de la ley española si el nacional, que ha sido condenado, todavía no ha cumplido la condena o no la hubiera cumplido totalmente.

c — Principio universal o del derecho mundial

362. — Este principio fundamenta la aplicación del derecho de cualquier Estado independientemente del lugar de comisión y de la

nacionalidad del autor. Sin embargo, en el derecho internacional no se lo reconoce con esta extensión. La aplicación de la propia ley a hechos cometidos por extranjeros fuera del propio territorio depende de que los hechos que entran en consideración afecten "bienes culturales supranacionales cuya protección interesa a todos los Estados en común"[20] o "cuyos autores sean peligrosos para todos los Estados civilizados, sea por la finalidad perseguida como por la forma de ejecución"[21]. Ambas caracterizaciones difieren en que la primera pone el acento en el bien jurídico protegido, mientras la segunda lo hace en la peligrosidad del autor. Se trata de concepciones distintas del derecho penal: una que protege bienes jurídicos amenazando con la sanción penal y otra que los protege sancionando a los autores peligrosos. Ambos puntos de vista fundamentan este principio de la solidaridad de los Estados en la lucha contra el delito. Este principio se encuentra en algunas convenciones internacionales en las que los Estados que las suscriben se reconocen el derecho de aplicar su derecho penal, aunque no suele imponerse obligatoriamente a los Estados el uso de esa facultad[22]. Este principio encuentra en la práctica dificultades en lo referente al límite de no intervención de un Estado en las cuestiones interiores de otro. La declaración de un Estado en forma unilateral de aplicar su derecho penal sobre la base del principio universal se considera como "jurídicamente infundada"[23].

363. — El principio universal ha sido recogido por el art. 23.4 de la *LOPJ* que atribuye competencia a la jurisdicción española para conocer de los hechos cometidos por españoles o extranjeros fuera del territorio nacional, si constituyen, según la ley española, delitos de: genocidio, terrorismo, piratería y apoderamiento ilícito de aeronave; falsificación de moneda extranjera; vinculados con prostitución; tráfico ilegal de drogas psicotrópicas, tóxicas y estupefacientes, así como cualquier otro que, según los tratados o convenios internacionales deba ser perseguido en España. Se estima además que el Código

20 Jescheck, *Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil*, 3ª ed., 1978, p. 135.

21 Oehler, *Internationales Strafrecht*, 1973, p. 147.

22 Jiménez de Asúa, *Tratado de derecho penal. Parte general*, t. II, p. 706.

23 Oehler, *Internationales Strafrecht*, 1973, p. 147; también Cobo del Rosal - Vives Antón, *Derecho penal. Parte general*, 1980, t. I, p. 196.

español, por su parte, hace uso del principio universal en los arts. 288, 488 y 452 *bis, a*), 1º[24].

364. — Entre las convenciones internacionales que adoptan el principio universal cabe mencionar la de La Haya del 16/12/70 (art. 4º.2) sobre apoderamiento ilícito de aeronaves (rige en España desde 1972) y la de Montreal del 23/11/71 (art. 5º.2) de represión de actos ilícitos contra la seguridad de la aviación civil[25].

d — Principio del derecho penal por representación

365. — Se trata de un principio que tiene carácter subsidiario: interviene cuando, cualquiera que sea la razón, no tiene lugar la extradición, y autoriza que el Estado que tiene al autor en su poder lo juzgue aplicándole su ley penal. En este sentido es frecuente la aplicación del principio del derecho penal por representación cuando un Estado deniega la extradición de un nacional reclamado por otro Estado competente en razón del principio territorial.

366. — Con respecto a su fundamento hay discrepancias, aunque predomina el criterio según el cual el derecho penal por representación se funda en la solidaridad interestatal[26]. Esta solidaridad se da por supuesta aunque el Estado que debería reclamar al autor del delito no lo hiciera por carecer de interés en aplicar su propio derecho penal. Asimismo se estima que su realización práctica requiere reducir su aplicación a los bienes jurídicos más importantes.

367. — El mismo principio rige en España[27]. La ley 4/85, de Extradición Pasiva, hace aplicación del principio en el art. 3.2, que estable-

[24] Rodríguez Mourullo, *Derecho penal. Parte general*, t. I, p. 166; Cerezo Mir, *Curso de derecho penal español*, p. 206; Cobo del Rosal - Vives Antón, *Derecho penal. Parte general*, 1980, t. I, p. 196.

[25] Cerezo Mir, *Curso de derecho penal español*, p. 207.

[26] Oehler, *Internationales Strafrecht*, 1973, p. 145; Jiménez de Asúa, *Tratado de derecho penal. Parte general*, t. II, p. 761.

[27] Rodríguez Mourullo, *Derecho penal. Parte general*, t. I, p. 180; Cerezo Mir, *Curso de derecho penal español*, p. 221; Jiménez de Asúa, *Tratado de derecho penal. Parte general*, t. II, p. 969.

ce que cuando se deniegue la extradición de españoles o extranjeros por delitos de los que corresponda conocer a los tribunales españoles, "el Gobierno español dará cuenta del hecho que motivó la demanda al Ministerio Fiscal a fin de que se proceda judicialmente, en su caso, contra el reclamado", cuando lo haya solicitado el Estado requirente.

— § 28 —

LA FUNDAMENTACION DE LOS PRINCIPIOS DEL DERECHO PENAL INTERNACIONAL

368. — Tradicionalmente los principios del derecho penal internacional han sido expuestos como principios de la misma especie. Su estructuración, sin embargo, no deja de ofrecer dificultades. En principio se ha reconocido desde hace ya mucho tiempo una cierta especialidad en el principio del derecho penal por representación.

369. — La cuestión se presenta fundamentalmente para quienes parten de la teoría de los imperativos, pues para ella sólo es legítima la aplicación de una pena al que ha violado un deber impuesto por una norma. Es decir: la aplicación de la ley penal presupone ya una determinada relación entre el Estado y el autor. Esta relación se puede encontrar, lógicamente, como presupuesto del principio territorial, del personal o del de la nacionalidad, e inclusive del principio real o de defensa. Pero esa relación no se encuentra ni en el principio pasivo de la nacionalidad o personalidad, ni en el del derecho mundial o universal, ni en el del derecho penal por representación. Mientras estos dos últimos suelen fundamentarse en la solidaridad interestatal, el principio pasivo de la nacionalidad tampoco encuentra fundamento en ésta[28]. Por este motivo se sostiene que debería considerarse a estos tres principios "como competencias para juzgar. Son subsidiarios del ejercicio de la autoridad penal del Estado del lugar del hecho o de la nacionalidad y, por lo tanto, de la extradición"[29]. En consecuencia, deberían ser complementados por una norma que es-

[28] Oehler, *Internationales Strafrecht*, 1973, p. 146.
[29] Schultz, en *Festschrift für Hellmuth von Weber*, 1963, ps. 305 y ss. y 312.

tableciera el derecho aplicable al caso que se juzga, lo que acercaría el derecho penal internacional al derecho internacional privado.

370. — Por el contrario, hay quienes piensan que los principios del derecho penal internacional se fundamentan en dos fenómenos jurídicos: la autoprotección del Estado (principio real o de defensa y principio pasivo de la nacionalidad) y la solidaridad entre los Estados (principio de la distribución de competencias, principio activo de la nacionalidad o personalidad, principio del derecho penal por representación, principio de la jurisdicción mundial, principio de la protección de bienes comunitarios)[30]. Una decisión referente a estas dos diferentes posiciones depende en una gran medida de la teoría de la norma que se tenga por fundamento.

B — Validez temporal de la ley penal

— § 29 —

EL PRINCIPIO FUNDAMENTAL: APLICACION DE LA LEY VIGENTE EN EL MOMENTO DE LA COMISION DEL DELITO

371. — La ley aplicable al delito desde el punto de vista temporal es la vigente en el momento de su comisión. Se trata de una regla que se deriva del principio de legalidad que, como vimos, prohíbe la aplicación retroactiva de la ley. Es decir, las leyes penales sólo alcanzan a los hechos cometidos después de su entrada en vigor. Es un principio sobre el que existe el más completo acuerdo en las legislaciones modernas. Por este motivo, las diferentes leyes penales establecen el requisito de una ley previa como justificante de la reacción penal (arts. 9°.3 y 25.1, *CE* y 2°, Cód. Penal). La exigencia de ley previa, por lo tanto, tiene jerarquía constitucional.

372. — Tal exigencia, por lo demás, se refiere tanto a la tipificación del hecho punible como a la amenaza de pena, a las medidas de segu-

[30] Oehler, *Internationales Strafrecht*, 1973, p. 133.

ridad y a las consecuencias accesorias del delito. Por el contrario, la opinión dominante entiende que las disposiciones de carácter procesal pueden aplicarse a hechos cometidos con anterioridad a su entrada en vigor. Sin embargo, el Tribunal Constitucional ha reconocido la aplicación del principio de irretroactividad a las leyes procesales que regulan la prisión provisional (*SSTC* 32/87 y 33/87).

a — El momento de comisión del delito

373. — Así como el principio territorial requería determinar el lugar de comisión, la exigencia de la ley previa sólo puede llevarse a la práctica estableciendo el tiempo de comisión de ejecución de la acción, en el momento en que debía realizarse la acción omitida o en el del resultado no impedido[31].

De este criterio general se deducen distintas consecuencias según la estructura del delito concreto:

a) El autor mediato realiza la acción en el momento en que comienza la utilización del instrumento.

b) El coautor y el cómplice, en el momento de hacer su primer aporte al último hecho.

c) En los delitos continuados la acción se realiza desde el primero hasta el último hecho.

d) En los delitos permanentes, desde el momento en que se crea el estado típico constitutivo del delito[32].

b — El fundamento de la exigencia de ley previa

374. — La exigencia de ley previa a la comisión del hecho tiene un fundamento penal: la ley penal quiere prevenir la comisión de he-

[31] Jescheck, *Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil*, 3ª ed., 1978, p. 109; Schmidhäuser, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 2ª ed., 1975, p. 130. Otro punto de vista, Rodríguez Mourullo, *Derecho penal. Parte general*, t. I, p. 125.

[32] Cfr. sobre todos estos aspectos Casabó Ruiz, *Comentarios al Código Penal*, t. II, p. 41 y ss.; Jescheck, *Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil*, 3ª ed., 1978, p. 109; Rodríguez Mourullo, *Derecho penal. Parte general*, t. I, p. 126 y siguientes.

chos punibles imponiendo deberes y amenazando su incumplimiento con la aplicación de una pena. Por lo tanto, la ley quiere, ante todo, motivar al autor y esto sólo podría hacerlo una ley preexistente a la decisión de éste.

375. — Pero, a la vez, el principio de ley previa (de irretroactividad de la ley penal) tiene un fundamento constitucional: la seguridad jurídica (art. 9°.3, *CE*) y la libertad (art. 17.1, *CE*) requieren la posibilidad de conocer qué acciones están prohibidas y cuáles permitidas y esto sólo es posible con respecto a las leyes vigentes en el momento de decidir la acción.

— § 30 —

EXCEPCIONES DEL PRINCIPIO FUNDAMENTAL

a — Retroactividad de la ley más favorable

376. — Una larga tradición determina que el principio de irretroactividad de la ley sufra una excepción respecto de las leyes penales posteriores al momento de comisión del delito pero más favorables al acusado.

Se trata de una excepción con un fundamento político-social, dado que carece de sentido dictar o mantener la ejecución de penas por hechos que ya no se consideran delitos o cuando la gravedad de aquéllas aparece como desproporcionada. Desde otro punto de vista, es una consecuencia del hecho de que las garantías constitucionales, es decir, la prohibición de retroactividad de la ley penal, sólo se instituyen para proteger al acusado frente al endurecimiento de las penas, pero no para impedir que se beneficie con una nueva situación legal más favorable.

No faltan opiniones que han cuestionado la constitucionalidad de la retroactividad de la ley más favorable[33]. Esta tesis hace una sim-

[33] Sobre esta discusión, cfr. Casabó Ruiz, *Comentarios al Código Penal*, t. II, p. 46, con indicaciones bibliográficas.

ple aplicación formal de las consecuencias de la jerarquía normativa: la Constitución está por encima del Código Penal y por lo tanto toda contradicción con ella sería ilegítima. Pero este punto de vista es erróneo, pues entre la Constitución y el Código Penal esa relación sólo rige cuando se trata de reducir las garantías que aquélla contiene y no cuando se trata de ampliarlas.

Las garantías constitucionales del derecho penal no son, en este sentido, una fuente de potestades del Estado sino una limitación de las mismas.

377. — La retroactividad de la ley más favorable está ordenada en el art. 2°.2 del Cód. Penal. En este punto el derecho español se separa de lo que establecen otros derechos penales europeos que —en general— sólo reconocen la aplicación de la mera ley más favorable hasta el momento de la firmeza de la sentencia.

1 — Determinación de la ley más favorable

378. — Requiere una comparación concreta de las dos situaciones legales surgidas de la reforma legal posterior a la comisión del hecho: debe compararse la aplicación al caso de la situación legal vigente en el momento de comisión con la que resultaría como consecuencia de la reforma. Esta comparación es concreta porque debe referirse al caso que se juzga. En esta comparación deben tomarse en cuenta, en primer lugar, las penas principales y luego la ley en su totalidad (penas y consecuencias accesorias y modificaciones del tipo penal y de las reglas de la Parte General referentes, por ejemplo, a la capacidad de culpabilidad, a las causas de justificación, a las de inculpabilidad, etcétera).

379. — La comparación referida a las penas principales no es problemática cuando se trata de penas de la misma especie (por ejemplo, privación de libertad y multa o multa e inhabilitación). Esta situación se presenta también para las legislaciones que distinguen dentro de un género común distintas especies de pena: en estos casos habrá que considerar no sólo el máximo y el mínimo, sino también los elementos diferenciales de ambas penas y deducir de ellos cuál es más favorable al acusado o condenado.

380. — En general se considera que la pena privativa de libertad es más grave que las otras especies de penas[34]. Sin embargo, es dudoso que una determinación *in abstracto* sea la correcta; ¿la privación de libertad de dos meses es más grave que cinco años de inhabilitación para desempeñar un cargo público? Por eso parece razonable el criterio seguido por la legislación española en 1928 y luego en 1944 (Código de 1928, art. 8° y decr. del 23/12/44, art. 4°) al establecer que "en caso de tratarse de penas de distinta naturaleza deberá oírse al reo"[35] (en el mismo sentido la *LO* 10/95, nuevo Código Penal, D.T. 2ª).

La opinión dominante recurre a la comparación de las penas accesorias cuando no es posible lograr una determinación de la ley más favorable comparando las penas principales.

2 — Leyes intermedias más favorables

381. — A los efectos de considerar qué ley es más favorable debe tenerse en cuenta también la ley intermedia. Se denomina así a la que entra en vigor después de la comisión del hecho, pero es modificada nuevamente antes de la sentencia definitiva de última instancia por otra ley más rigurosa.

382. — Si la ley intermedia resulta más favorable que la vigente en el momento de la comisión del delito habrá que aplicarla aunque haya dejado de regir en el momento de la sentencia definitiva, porque así lo establece el principio de retroactividad de la ley más favorable (doctrina dominante). Por ejemplo: en el momento de cometerse el hurto el Código Penal prevé para el delito una privación de libertad de hasta dos años; durante el proceso, una ley "X" modifica como pena alternativa la pena de multa; antes de dictarse la sentencia definitiva, la ley "X" es derogada y rige nuevamente el Código Penal en su redacción originaria, es decir, la que sanciona el hurto sólo con pena privativa de libertad. El Tribunal debe aplicar la ley que prevé la

[34] Eser, en Schönke - Schröder, *Strafgesetzbuch, Kommentar*, 24ª ed., 1991, § 2, n° 29; Schreiber, en *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 2ª ed., 1977, § 2, n° 10.

[35] Rodríguez Mourullo, *Derecho penal. Parte general*, t. I, p. 140; Cerezo Mir, *Curso de derecho penal español*, p. 183.

alternativa de la pena de multa. La cuestión puede presentarse inclusive una vez dictada la sentencia definitiva y durante el tiempo de ejecución (art. 2°.2, Cód. Penal).

383. — El texto del art. 2°.2 del Cód. Penal no impide que se tome en consideración la ley penal intermedia, pues no impone que sólo pueda considerarse la ley del momento del juicio[36]. Sin embargo, la doctrina define, en ocasiones[37], la ley intermedia de una manera más restringida, pues sólo considera tal la que rige entre el momento de comisión y el del juicio (no el de la sentencia definitiva)[38].

3 — Vigencia de la ley más favorable

384. — El art. 2.1 del Cód. Civil dispone que "las leyes entran en vigor a los veinte días de su completa publicación en el Boletín Oficial del Estado, si en ellas no se dispone otra cosa". El art. 2°.2 del Cód. Penal, por su parte, establece que las leyes penales más favorables tienen efecto retroactivo "aunque al publicarse hubiere recaído sentencia firme y el condenado estuviere cumpliendo condena". De la comparación de ambas disposiciones se deduce que el legislador, al introducir la reforma del art. 2.1 del Cód. Civil no quiso a la vez modificar el Código Penal y por lo tanto nada dijo respecto del art. 24 de éste. En consecuencia, la ley penal más favorable puede aplicarse aunque no haya entrado en vigor según el art. 2.1 del Cód. Civil[39]. Esta interpretación no importa una "intromisión del poder judicial en las facultades del legislativo"[40] porque, en la medida en que el legislador no modificó el texto del Código Penal expresamente, nada autoriza a suponer que lo modificó tácitamente. Lo que importa es el fundamento

[36] Otra opinión: Cerezo Mir, *Curso de derecho penal español*, p. 184.

[37] Cerezo Mir, *Curso de derecho penal español*, p. 184; Rodríguez Mourullo, *Derecho penal. Parte general*, t. I, p. 136; Casabó Ruiz, *Comentarios al Código Penal*, t. II, p. 53.

[38] Como aquí, sin embargo, Jiménez de Asúa, *Tratado de derecho penal. Parte general*, t. II, p. 651; también el Tribunal Supremo en sentencias de fechas 5/7/35, 7/10/46, 30/10/46 y 30/5/70; cfr. Casabó Ruiz, *Comentarios al Código Penal*, t. II, p. 53.

[39] Otro punto de vista, Tribunal Supremo, sentencias del 20/1/66, 4/2/66, 17/2/66; cfr. Casabó Ruiz, *Comentarios al Código Penal*, t. II, p. 7 y ss.; Rodríguez Mourullo, *Derecho penal. Parte general*, t. I, p. 139.

[40] Casabó Ruiz, *Comentarios al Código Penal*, t. II, p. 53.

de la retroactividad de la ley más favorable: si lo decisivo es la adecuación de las sentencias penales a las nuevas valoraciones sociales expresadas por el legislador, será suficiente con la publicación de la ley más favorable para que corresponda su aplicación.

b — Excepciones a la retroactividad de la ley más favorable: ultraactividad de las leyes penales temporales y excepcionales

385. — Se denominan leyes penales temporales a aquellas que tienen prefijado en su texto el tiempo de su vigencia. Por ejemplo: una ley dictada para lograr un ahorro de energía prohíbe bajo pena circular con automóviles determinados días a la semana durante un año a partir de su entrada en vigor. Estas leyes se designan también como leyes temporales en sentido estricto. La limitación temporal puede indicarse estableciendo el tiempo-calendario de vigencia o señalando el suceso que determinará la pérdida de ésta[41].

Asimismo se denominan leyes penales excepcionales a las que en forma no expresa hacen depender su vigencia de situaciones que por su naturaleza son temporales o transitorias. Estas leyes se denominan también leyes penales temporales en sentido amplio.

386. — La circunstancia de que estas leyes sean dictadas por lo general para reforzar, en situaciones de excepción, la protección de ciertos bienes jurídicos y, por lo tanto, contengan agravaciones de las penas o incriminaciones excepcionales, determina que se plantee la cuestión de la aplicación del principio de retroactividad de la ley más favorable. Y ello porque, de ser así, en la medida en que estas leyes cederán a plazo fijo ante otras, por lo regular más favorables, su autoridad, es decir, su capacidad intimidatoria, se vería anulada o seriamente afectada. En tal sentido, quienes excluyen la aplicación de tal principio hablan de ultraactividad de las leyes temporales.

[41] Schreiber, en *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 2ª ed., 1977, § 2, nº 11; Eser, en Schönke - Schröder, *Strafgesetzbuch, Kommentar*, 24ª ed., 1991, § 2, nº 35; Jiménez de Asúa, *Tratado de derecho penal. Parte general*, t. II, p. 641; Casabó Ruiz, *Comentarios al Código Penal*, t. II, p. 54; Rodríguez Mourullo, *Derecho penal. Parte general*, t. I, p. 137; Cerezo Mir, *Curso de derecho penal español*, p. 226.

387. — En la teoría española se sostenía que el art. 24 del Cód. Penal de 1973 no contenía excepciones y que, por lo tanto, la retroactividad de la ley más favorable se aplica también en el caso de las leyes temporales en sentido estricto o amplio[42]. También se afirmaba que el art. 24 se aplicaba sin restricciones a las leyes temporales en sentido amplio, pero no a las leyes temporales en sentido estricto[43].

La interpretación que no admite excepciones al principio del actual art. 2º.2 del Cód. Penal parte de una consideración gramatical del mismo. La otra, por el contrario, toma como punto de partida el método teleológico[44]. Ambos métodos interpretativos son aceptados por la ciencia jurídica actual y desde este punto de vista también ambos resultados de la interpretación son "posibles". Por lo tanto, la cuestión se resolverá adoptando alguno de los dos criterios en función de una ponderación de sus resultados. Desde este punto de vista, debe darse preferencia al criterio que excluye la aplicación del art. 2º.2 del Cód. Penal a las leyes temporales, pues permite llevar a cabo la finalidad perseguida por ellas. Por este mismo fundamento no es recomendable distinguir entre leyes penales temporales y leyes penales excepcionales, pues ambas plantean idéntico problema para la realización de la ley penal excepcional. Por lo tanto, la ultraactividad de las leyes penales temporales es una excepción del principio de retroactividad de la ley más favorable, que, a su vez, es una excepción del principio de irretroactividad de las leyes penales.

C — Validez personal de la ley penal

388. — La ley penal se aplica en principio a todos por igual. Esto es una consecuencia de la garantía de igualdad, cuyo rango constitucional es, por lo general, expreso (art. 14; *CE*). Sin embargo, hay excepciones de carácter personal que determinan un límite de la vigencia

[42] Casabó Ruiz, *Comentarios al Código Penal*, t. II, p. 55; Ferrer Sama, *Comentarios al Código Penal*, t. II, p. 169 y ss.; Jiménez de Asúa, *Tratado de derecho penal. Parte general*, t. II, p. 646 y siguientes.

[43] Rodríguez Mourullo, *Derecho penal. Parte general*, t. I, p. 137.

[44] Rodríguez Mourullo, *Derecho penal. Parte general*, t. I, p. 137.

de la ley penal respecto de ciertas personas[45]. Estos límites están fijados por el derecho constitucional o por el derecho internacional[46].

—§ 31—

Excepciones para el Jefe del Estado

389.—De acuerdo con el art. 56.3 de la *CE*, la persona del Rey, que es el Jefe del Estado, es "inviolable y no está sujeta a responsabilidad". Desde el punto de vista penal se discute sobre el significado de esta exclusión de la responsabilidad. Una parte de las opiniones considera que esta disposición sólo puede significar un impedimento procesal, reviviendo la responsabilidad en el momento en que el Monarca deja de ostentar la Corona[47]. Por el contrario, otro punto de vista estima que se trata de "causas de exclusión de la pena", es decir, que tienen naturaleza material y que, por lo tanto, excluyen la punibilidad de los hechos "punibles" que pueda haber cometido el Monarca[48]. Es preferible el criterio que entiende que tal exclusión sólo significa que el Rey no puede ser juzgado, dejando intacto el derecho penal material, pero las diferencias prácticas entre ambas posiciones son insignificantes[49].

—§ 32—

Inviolabilidad e inmunidad de diputados y senadores

390.—El art. 71.1 de la *CE* declara que los "diputados y senadores gozarán de inviolabilidad por las opiniones manifestadas en el ejer-

[45] Otro parecer, Muñoz Conde, adiciones de derecho español, en Jescheck, *Tratado de derecho penal. Parte general*, p. 252.

[46] En contra de esta distinción del origen de los fundamentos, Jiménez de Asúa, *Tratado de derecho penal. Parte general*, t. II, p. 1294.

[47] Jiménez de Asúa, *Tratado de derecho penal. Parte general*, t. II, p. 1300 y ss.; Jescheck, *Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil*, 3ª ed., 1978, p. 147.

[48] Muñoz Conde, adiciones de derecho español, en Jescheck, *Tratado de derecho penal. Parte general*, p. 252.

[49] Cfr. también Rodríguez Ramos, en *Comentarios a la legislación penal*, Cobo del Rosal (dir.), t. I, p. 281 y siguientes.

cicio de sus funciones". Se trata de la exclusión de toda responsabilidad por los hechos punibles que hubieran podido cometer con dichas manifestaciones. No sólo entran en consideración las vertidas en el pleno de la Cámara, sino también las que impliquen ejercicio de funciones (en comisiones, etcétera). El efecto de esta inviolabilidad es permanente, o sea, que se mantiene una vez terminado el mandato.

391. — La opinión dominante entiende que los efectos de la inviolabilidad no se extienden a los partícipes, ya sea que se piense que ésta es una "causa temporal de exclusión de la pena"[50] o bien que se la califique como "causa de justificación"[51] a la que, sin embargo, no se le reconocen efectos respecto de ellos. Bajo estas condiciones tiene también muy poca importancia el rótulo con que se designa la exención penal prevista en el art. 71.1 de la *CE*: una causa de justificación que carece de efectos respecto de los partícipes no se diferencia en la práctica de una causa personal de exclusión de la pena. En todo caso, es preferible considerar aquí el ejercicio de un derecho[52].

392. — El art. 71.2 de la *CE* declara que los diputados y senadores gozarán de inmunidad "y sólo podrán ser detenidos en caso de flagrante delito". Se trata de un impedimento procesal que se completa con la declaración de que diputados y senadores "no podrán ser inculpados ni procesados sin la previa autorización de la Cámara respectiva". Las prerrogativas frente a la ley penal de los miembros de las comunidades autónomas deberán regularse en los respectivos estatutos (arts. 147 y 148.1, *CE*).

— § 33 —

PRIVILEGIOS ACORDADOS POR EL DERECHO INTERNACIONAL (DIPLOMATICOS Y TROPAS EXTRANJERAS)

393. — Estas inmunidades frente a la ley penal corresponden a los jefes de Estado extranjeros y a los embajadores y agentes diplomáti-

[50] Jescheck, *Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil*, 3ª ed., 1978, p. 147.

[51] Muñoz Conde, adiciones de derecho español, en Jescheck, *Tratado de derecho penal. Parte general*, p. 252.

[52] Jiménez de Asúa, *Tratado de derecho penal. Parte general*, t. II, p. 1316.

cos, así como a tropas estacionadas en territorio nacional. El art. 334 de la *LOPJ* de 1870 establecía que: "Los príncipes de las familias reinantes, los presidentes o jefes de otros Estados... cuando delinquieren serán puestos a disposición de sus gobiernos respectivos". Idéntico criterio adoptaba con respecto a "los ministros plenipotenciarios y los ministros residentes, los encargados de negocios y los extranjeros empleados de planta en las legaciones".

La *LOPJ* vigente, por el contrario, no contiene una norma similar. El art. 21.2 de la *LOPJ* se limita a establecer que se exceptúan del conocimiento de los tribunales españoles "los supuestos de inmunidad de jurisdicción y ejecución establecidos por las normas de derecho internacional público".

394. — Las tropas extranjeras gozan de privilegios cuando pasan con consentimiento del Estado, mientras que cuando están ocupando territorio enemigo se aplican las leyes de guerra[53]. Con respecto a las infracciones de las convenciones de Ginebra de 1949 referentes al tratamiento de heridos, enfermos y prisioneros de guerra en conflictos armados en campaña y en el mar y a la protección de personas civiles, se establece que "cada parte contratante tendrá la obligación de investigar a las personas prevenidas por la comisión o por haber ordenado cometer una u otra de las infracciones graves y deberá remitirlas a sus propios tribunales, cualquiera que sea su nacionalidad" (art. 50 de la Convención Sobre Heridos y Enfermos).

[53] Jiménez de Asúa, *Tratado de derecho penal. Parte general*, t. II, p. 1355; Rodríguez Devesa, *Derecho penal español. Parte general*, 5ª ed., 1976, p. 630.

PARTE SEGUNDA

TEORIA DEL HECHO PUNIBLE COMO TEORIA DE LA IMPUTACION

Capítulo IV
Introducción

— § 34 —
LA TEORIA DEL DELITO O DEL HECHO PUNIBLE COMO TEORIA DE LA IMPUTACION. EVOLUCION DEL CONCEPTO DE IMPUTACION

395. — La teoría del delito es, en primer lugar, el medio técnico jurídico para establecer a quién se deben imputar ciertos hechos y quién debe responder por ellos personalmente. Este punto de vista no es nuevo, pero ha sido desarrollado en diversas formas que es conveniente aclarar.

a — Orígenes del concepto de imputación

396. — "Imputar significa, se puede decir provisoriamente, poner en la cuenta de un sujeto algo objetivo", afirmaba Berner hace más de un siglo y medio[1]. En la concepción de Berner y de otros hegelianos[2] la imputación se agotaba en la determinación de una acción, es decir, en la comprobación de que lo ocurrido era *querido* por el sujeto: "El concepto de acción agota toda la esencia de la imputación. Por lo tanto podemos decir simplemente: la imputación consiste en un juicio que afirma la existencia de una acción real"[3]. La raíz kantiana de es-

[1] Berner, *Imputationslehre*, 1843, p. 39.
[2] También Abegg, *Lehrbuch der Strafrechtswissenschaft*, p. 123 y siguientes.
[3] Berner, *Imputationslehre*, 1843, p. 41.

tas nociones es innegable. En la introducción a su *Metafísica de las costumbres*[4], dice Kant: "Imputación *(imputatio)* en sentido moral es el juicio mediante el cual alguien es visto como el autor *(causa libera)* de una acción, que entonces se denominaba hecho *(factum)* y está bajo las leyes".

397. — El concepto de imputación tomó un nuevo giro cuando en 1911 Kelsen[5] afirmaba: "La *imputación* es la conexión, realizada en base a una norma, entre un hecho (el objeto de la norma) y una persona (el sujeto de la norma). Tiene la mayor significación poner en claro que esta conexión realizada sobre la base de una norma que llamamos imputación no es de naturaleza causal ni teleológica, sino una conexión específica, que podemos llamar normativa, dado que tiene lugar en base a una norma.

En efecto, pues las normas son creadas por los hombres y la vinculación entre el sujeto de una norma y el objeto de la misma es, por lo tanto, completamente arbitraria". Desde este punto de vista se trata, por consiguiente, de la atribución de un hecho a una persona con fundamentos normativos.

398. — La concepción hegeliana, sin embargo, fue retomada por Larenz en 1927. Desde esta perspectiva sostuvo Larenz que "la imputación no significaba otra cosa que el intento de diferenciar el *propio* hecho de los sucesos *casuales*. Cuando yo afirmo que alguien es el autor de un suceso, quiero decir que este suceso es su propio hecho, con lo que quiero decir que para él no es la obra de la casualidad, sino de su propia voluntad"[6]. En este sentido "el hecho es la autorrealización de la voluntad y la imputación el juicio que relaciona el hecho con la voluntad"[7]. Como tal se trata de un juicio teleológico en el que, sin embargo, "el concepto de fin (...) tiene que ser considerado objetivamente", es decir que no sólo se imputa lo sabido y lo querido, sino

[4] Kant, *Die Metaphysik der Sitten*, 1ª ed., 1797, 2ª ed., 1798, ps. 29 y 30, citado según *Werke in zwölf Bänden*, t. VIII, ed. por W. Weischedel, 1956, p. 334.

[5] Kelsen, *Über die Grenzen zwischen juristischer und soziologischer Methode*, p. 49.

[6] Larenz, *Hegels zurechnungslehre*, 1927, p. 61.

[7] Larenz, *Hegels zurechnungslehre*, 1927, p. 68.

"lo sabido que pudo ser alcanzado por la voluntad"[8]. Es aquí donde aparece la noción de imputación *objetiva*, como se ve, destinada a señalar que la imputación del hecho objetivo no se refiere a la voluntad psicológicamente considerada de su autor, sino a una *voluntad objetiva* de un autor en general.

399. — En la misma línea argumental de Larenz se llevó a cabo el primer intento de introducir la teoría de la imputación objetiva en el sistema conceptual del derecho penal realizado por Honig[9]: "Dado que la intervención final en los sucesos naturales constituye la esencia de la conducta humana, la *finalidad objetiva* es el criterio para la imputación de un resultado y, a la vez, para su delimitación respecto de los sucesos casuales. *Imputable, de acuerdo con ello, es aquel resultado que puede ser pensado como finalmente realizado*".

400. — La teoría de la imputación, por lo tanto, no abandonó su concepto inicial, que la identificaba con una teoría de la acción (salvo en la formulación que de ella hizo Kelsen). La *objetividad,* a su vez, es el producto de un desarrollo que reemplazó la vinculación del hecho objetivo con la voluntad real por una vinculación con una voluntad objetivada, es decir, *generalizada* a partir de la experiencia.

b — El concepto de imputación en la dogmática actual

401. — En la dogmática actual la teoría de la imputación ha tomado un giro diferente, acaso más cercano a Kelsen, aunque sin perder su conexión con la teoría de la acción, concebida ésta como "parte de la teoría de la imputación". En este sentido afirma Jakobs que "la misión de la imputación surge de la función de la pena"; "la imputación establece qué persona debe ser penada con el fin de estabilización de la validez de la norma. El resultado es el siguiente: se debe penar a un sujeto que ha obrado de manera contraria a la norma y en forma culpable (siempre y cuando la ley no renuncie a la pena, algo que pue-

[8] Larenz, *Hegels zurechnungslehre*, 1927, p. 68.
[9] Honig, *Festgabe für Frank*, t. 1, 1930, ps. 174 y 184.

de tener diversos fundamentos). *La teoría de la imputación desarrolla los conceptos utilizados: conducta del sujeto, quebrantamiento de la norma, culpabilidad*"[10].

402. — De esta teoría de la imputación, que alcanza a toda la teoría del delito en sentido tradicional[11], se debe distinguir la *teoría de la imputación objetiva*, en la que "se trata de la determinación de las propiedades objetivas de una conducta imputable". Este aspecto de la imputación, es decir, la imputación objetiva, se vincula fundamentalmente con la conexión entre la conducta y el resultado por ella producido. Dicho con otras palabras: con la limitación de la *causalidad* (natural) sobre bases normativas[12].

c — Críticas a la teoría de la imputación objetiva

403. — La teoría de la *imputación objetiva* en el sentido de la dogmática moderna, como el juicio sobre la cuestión de si un resultado puede ser considerado como el "hecho" de una determinada persona[13], ha sido criticada por Armin Kaufmann[14], por prácticamente innecesaria. En suma, Armin Kaufmann viene a sostener que su contenido se reduce a "conjunto de tipos, útil para la interpretación de algunos tipos, a veces inclusive para grupos de tipos", pero sin que ello permita hablar de un nexo especial distinto de la causalidad. De ello se deduciría que los criterios de la imputación objetiva no serían sino "principios interpretativos" válidos en la Parte Especial. Este punto de vista no afecta a la teoría del delito como una teoría de la imputación, sino solamente a la teoría de la imputación objetiva y, por lo tanto, será tratado conjuntamente con la misma.

[10] Jakobs, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 2ª ed., 1991, nº 6/1 y siguientes.

[11] Tanto la imputación como ilícito, es decir, el quebrantamiento de la norma, como la imputación como culpabilidad, Jakobs, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, nº 6/4.

[12] En sentido similar: Jescheck - Waigend, *Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil*, 5ª ed, 1996, ps. 275 y ss.; Rudolphi, en *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 6ª ed., 1995, vor § 1, 57 y siguientes.

[13] Jescheck - Waigend, *Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil*, 5ª ed, 1996, p. 284 y siguientes.

[14] Kaufmann, *Festschrift für Jescheck*, 1985, t. I, p. 251 y siguientes.

—§ 35—

LA TEORIA DEL DELITO O DEL HECHO PUNIBLE COMO UNA TEORIA DE LA APLICACION DE LA LEY PENAL

a —Función de la teoría del delito

404. — El sistema de la teoría del delito es un instrumento conceptual que tiene la finalidad de permitir una aplicación racional de la ley a un caso. En este sentido, es posible afirmar que *la teoría del delito es una teoría de la aplicación de la ley penal*. Como tal pretende establecer básicamente un orden para el planteamiento y la resolución de los problemas que implica la aplicación de la ley penal, valiéndose para ello de un método analítico, es decir, que procura separar los distintos problemas en diversos niveles o categorías.

405. — Desde este punto de vista, la teoría del delito cumple con una doble función mediadora. Por un lado, media entre la ley y la solución del caso concreto, es decir, entre la norma general, que expresa la valoración del legislador, y la concreción de éste en una norma particular que decide sobre el caso concreto. Por otro lado, existe también una mediación entre la ley y los hechos objeto del juicio, pues cada una de las categorías de la teoría del delito hacen referencia a determinados aspectos del hecho que constituyen el material objetivo al que se debe aplicar la ley. El ejemplo más elemental en este sentido es el que se refiere a los elementos objetivos o a los elementos subjetivos del hecho que deben ser considerados para la decisión de un aspecto determinado del problema —por ejemplo, el comienzo de ejecución de la tentativa se debe fijar atendiendo a elementos objetivos del hecho o a aspectos subjetivos del autor, o a ambos y, en este caso, en qué medida se debe considerar cada uno—.

406. — Los distintos conceptos o categorías que componen la teoría del delito provienen de una selección y generalización de los elementos que se repiten en la aplicación de cada disposición legal que establece un delito. En todo caso es preciso comprobar que alguien se comportó de la manera prevista en la ley, que este comportamiento no estaba autorizado en las circunstancias en las que tuvo lugar y que su autor tenía las condiciones personales requeridas para res-

ponsabilizarlo por la conducta ejecutada. De esta tripartición problemática de la aplicación de la ley penal surgieron las conocidas categorías de la teoría del delito de origen alemán que hoy designamos como acción, tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad.

b — Los elementos del delito

407. — El sistema actual de la teoría del delito está integrado prácticamente por las mismas categorías que en su origen, en el último cuarto del siglo XIX. La acción, la tipicidad, la antijuridicidad y la culpabilidad son desde hace un siglo las categorías básicas del sistema. De todos modos, la discusión y la polémica en torno a la teoría del delito es y ha sido continua. Sin embargo, no se discute el orden de las categorías, pues éste procede del fundamento lógico-normativo de los problemas generados por la aplicación de la ley penal, respecto del que el acuerdo es muy estable. Lo que se discute se refiere precisamente a la cuestión de la mediación entre la ley y los hechos que son objeto del juicio. La razón que explica esto es sencilla: aplicar la ley a un caso significa poner en relación un pensamiento abstracto (la ley) y un suceso real determinado. En consecuencia, se discute sobre cómo se debe establecer el material de hecho que es preciso considerar en la comprobación de cada categoría y cómo se lo debe configurar.

408. — Por ejemplo: para verificar si el hecho constituye el supuesto prohibido por la norma, o dicho técnicamente: la tipicidad, ¿se debe tomar en cuenta sólo el aspecto formal exterior de su comportamiento, es decir, su vinculación causal con un determinado suceso o, por el contrario, es preciso considerar también lo que el autor supo y la dirección de su voluntad? Esta cuestión estuvo en la base de las discusiones que nutrieron la polémica entre finalistas y causalistas que ocuparon el centro de la atención científica en los años '50 y comienzos de los '60. Pero, aun cuando se respondiera esta pregunta en alguno de los sentidos posibles, siempre quedaría en pie un segundo problema: ¿cómo se deben configurar estos elementos del caso que es preciso considerar en la aplicación de la ley penal al caso concreto? ¿Se debe operar con conceptos que recepten el ser, en sentido ontológico, de los elementos del hecho o, por el contrario, es necesario un

proceso de selección de los elementos previamente dados desde algún punto de vista normativo? Esta cuestión es la que ha permitido a Armin Kaufmann titular el libro en el que reúne las obras menores de su vida como *La dogmática penal entre el ser y el valor* y es la que en la actualidad da lugar a la polémica entre una dogmática "ontologicista" y otra "normativizante" del derecho penal.

c — La fundamentación de los elementos del delito

409. — La respuesta a estas cuestiones proviene de lo que podemos llamar las referencias externas del sistema de la teoría del delito. El sistema no puede ser una creación arbitraria, pues su función está determinada por los principios del Estado de derecho y, por lo tanto, la configuración de sus conceptos requiere un fundamento objetivo. Dicho de otra manera: los conceptos del sistema se tienen que referir a estructuras de pensamiento que permitan una justificación racional de su contenido.

410. — ¿Cuáles son estas referencias externas u objetivas del sistema? En la ciencia penal moderna las referencias del sistema han sido, por un lado, la esencia del delito y, por otro lado, la teoría de los fines de la pena. La elección de uno u otro punto de vista depende de la teoría de la pena que se adopta.

a) Si se parte de una teoría absoluta de la pena, en la que la sanción es un fin en sí mismo, no es posible considerar los fines de la pena como un punto de referencia objetivo. Por lo tanto, el sistema de la teoría de delito se deberá apoyar en la esencia del delito como acción humana que infringe una norma y requiere una pena justa. Ello da lugar a los sistemas "ontologicistas", que deben recurrir al objeto de las normas y a su "naturaleza prejurídica" para determinar el contenido de los conceptos del sistema pues, "la esencia del conocimiento no es la producción del objeto, sino la aprehensión de un ser previo —e independiente— del objeto conocido"[15]. Exponentes de este punto de

[15] Hartmann, *Zur Grundlegung der Ontologie*, 4ª ed., 1965, p. 139 y ss. (1ª ed., 1934).

vista son los conocidos sistemas del causalismo y del finalismo, que difieren, en realidad, no en el método, sino en la concepción de la configuración de un concepto ontológico de acción: el causalismo se fundamenta en una identificación de la acción humana con sus aspectos causales naturales, mientras el finalismo considera la acción humana en un contexto social en el que la significación de la misma adquiere una especial relevancia. Dicho de otra manera: la teoría final de la acción no aceptó la identificación de la sociedad con una serie de relaciones causales entre actos humanos y objetos u otras personas que proponían los defensores de la teoría causal.

b) Las teorías de la pena que le asignan a ésta la función de alcanzar determinados fines establecen una determinada conexión entre el sistema dogmático y el sistema social. Desde esta perspectiva nos encontramos con los sistemas funcionalistas, en los que el contenido de las categorías del sistema dogmático se selecciona en función de las necesidades del sistema social. El sistema puede ser referido al sistema social general —como en el caso de la teoría de la prevención general positiva— o a aspectos parciales del sistema o subsistemas, es decir, al individuo en el sentido de la teoría de la prevención especial o individual. En todo caso, funcional es todo lo que sirva al mantenimiento del sistema social. Pero, se debe subrayar de inmediato, no todo lo funcional es legítimo, dado que funcionalidad y legitimidad son magnitudes diferentes, referidas, a su vez, a puntos de vista distintos.
En la actualidad se proponen dos modelos funcionalistas diversos.

d — Los modelos funcionalistas

— a —

411. — Por una parte, se ofrece el denominado sistema racional-final o modelo funcionalista de la *unidad sistemática entre política criminal y derecho penal,* cuyos principales representantes son Roxin y Schünemann. Se trata de un sistema adecuado a la prevención espe-

cial, es decir, a una teoría de la pena que —sin excluir otros fines— privilegia la finalidad de la pena de impedir la reincidencia mediante su incidencia en el autor del delito. En la formulación inicial (1970) de este sistema la teoría de los fines de la pena repercutía básicamente en la categoría de la responsabilidad. En su versión más reciente[16], la teoría de los fines de la pena adquiere una incidencia diferenciada en las distintas categorías de la teoría del delito: la prevención general acompañada por el principio de culpabilidad tiene el carácter de principio de política criminal rector del tipo penal; las necesidades de la prevención especial, por su parte, impregnan totalmente la responsabilidad, de la que la culpabilidad es un presupuesto.

— *b* —

412. — Como alternativa al modelo de la unidad sistemática de derecho penal y política criminal, se presenta el modelo funcionalista de la teoría de sistemas —Jakobs—. El punto de partida de esta visión del sistema de la teoría del hecho punible es la *teoría de prevención general positiva,* es decir, aquella que sostiene que la finalidad de la pena es el mantenimiento estabilizado de las expectativas sociales de los ciudadanos. Estas expectativas son el fundamento de las normas, o sea, de los modelos de conducta orientadores del contacto social. La pena, consecuentemente, tiene la función de contradecir y desautorizar la desobediencia de la norma. El derecho penal, por lo tanto, protege la validez de las normas y esta validez es "el bien jurídico del derecho penal".

413. — Este punto de vista se opone totalmente al "ontologicismo", pues postula una normativización total del contenido de las categorías, es decir, una funcionalización de las mismas, de tal manera que "no sólo los conceptos de culpabilidad y acción, a los que la dogmática penal les ha reconocido, de todos modos, en forma expresa una esencia o una estructura lógico-objetiva o prejurídica, devienen conceptos de los que nada es posible decir sin tomar en consideración la función del derecho penal, sino también, inclusive, el concepto de sujeto, al que se le atribuye —la culpabilidad y la realización de la ac-

[16] Roxin, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 1992, t. I, p. 124 y siguientes.

ción—" (...) "Un sujeto, desde este punto de vista, no es quien puede causar o impedir un suceso, sino quien resulta obligado a ello. De la misma manera, conceptos como causalidad, poder, capacidad, culpabilidad, etcétera, pierden su contenido prejurídico y se convierten en conceptos relativos a niveles de competencia"[17]. La distancia entre los conceptos jurídicos del sistema y la "realidad ontológica" resulta aquí máxima. Ello se percibirá con mayor nitidez en la teoría de la acción, que se debe convertir, en realidad, en una teoría del sujeto responsable, lo que permite no reducir el derecho penal a sujetos individuales, y en la teoría de la culpabilidad, en la que ya no se tratará de fundamentar un reproche al autor, sino de "limitarse a asegurar el orden social", razón por la cual no se trata de comprobar si el autor tuvo una alternativa de comportamiento, es decir, si tuvo real capacidad para comportarse de otra manera, sino de si en la sociedad existe una alternativa para la elaboración del conflicto diferente de la imputación del delito al autor.

e —Relatividad de los sistemas dogmáticos del delito

414. —Sin embargo, *ninguno de los sistemas tiene validez absoluta*. En la medida en la que ninguna de las teorías de la pena la tiene, tampoco podrían tenerla los sistemas dogmáticos conectados con ellas. Lo que, por el contrario, parece seguro es la dependencia de los sistemas dogmáticos de una decisión sobre la teoría de la pena, es decir, sobre la función social del derecho penal y de algo que, generalmente, no se tiene en cuenta: una teoría de la sociedad. La evolución de la teoría del delito en el siglo XX ha sido paralela a diversas concepciones de la pena —la prevención especial del positivismo, el retorno a una teoría absoluta del finalismo y el nuevo entendimiento de la prevención especial y general del funcionalismo— y a su inserción en distintas nociones de la sociedad —la sociedad como un conjunto de intervenciones causales de los sujetos en objetos valiosos o en otros sujetos del positivismo, la sociedad entendida como intervenciones de valor ético-social de los sujetos con respecto a la esfera

[17] Jakobs, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 2ª ed., 1991, prólogo de la 1ª edición.

de bienes de otros sujetos del finalismo y la sociedad como un conjunto de sujetos interrelacionados sobre la base de expectativas estabilizadas en normas de conducta del funcionalismo—.

415. — Finalmente, conviene hacer referencia a algunas posiciones que pretenden fundamentar el sistema en referencias completamente inadecuadas para explicarlo.

En primer término, debería quedar claro que ni la estructura del sistema ni el contenido de sus categorías surge del texto de la ley, como muy probablemente creyeron los positivistas puros. Por su naturaleza, el texto es ambiguo y no permite fijar adecuadamente ni la estructura ni las categorías del sistema. Es inútil, por lo tanto, querer deducir de las palabras de la ley el momento en el cual se deben tratar los problemas que suscita la comprobación del dolo o si la autoría depende exclusivamente de las representaciones que el partícipe tenga de su aporte al hecho común. Por otra parte, la falsedad de la tesis que pretende demostrar la dependencia del sistema del texto legal —generalmente expresada en argumentos que responden, por ejemplo, a la forma: "el Código Penal español no ha receptado la teoría de la acción finalista"— puede ser demostrada mediante dos comprobaciones empíricas: en primer lugar, aunque los textos cambien, los sistemas no cambian —por ejemplo, las reformas penales alemana y austriaca que entraron en vigor en 1975—; en segundo lugar, la internacionalidad del sistema —por ejemplo, el sistema elaborado para la aplicación del Código Penal alemán de 1871 fue adoptado sin dificultad alguna en los países de habla castellana, italiana, griega, portuguesa, japonesa, etcétera—.

416. — En segundo lugar, es preciso señalar que tampoco resultan un fundamento objetivo adecuado del sistema las definiciones constitucionales del Estado —por ejemplo, la idea del "Estado social y democrático de derecho"— que, por lo general, son ambiguas por naturaleza[18]. Ante todo porque ello sólo sería posible si el Estado social y democrático de derecho admitiera una única teoría de la pena. Pero esto no es así y se demuestra históricamente: la teoría de la preven-

[18] Cfr., por ejemplo: Hesse, *Gründzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 16ª ed., 1988, p. 19 y siguientes.

ción especial no es consecuencia de la idea de Estado social, sino muy anterior a él; las teorías absolutas de la pena, por su parte, no son incompatibles con el Estado social y democrático de derecho, dado que se orientan a la idea de justicia y ésta es consustancial con el Estado social de derecho.

— § 36 —

LOS PUNTOS DE PARTIDA PARA LA ELABORACION DE UNA TEORIA DEL HECHO PUNIBLE (PRECONCEPTOS HERMENEUTICOS DE LA TEORIA DEL HECHO PUNIBLE)

417. — La definición del delito en un sistema de derecho penal de hecho podría encararse, en principio, desde dos puntos de vista. Si lo que interesa es saber lo que el derecho positivo considera delito (problema característico del juez), la definición podría lograrse recurriendo a la consecuencia jurídica del hecho concreto; en este sentido, será delito todo comportamiento cuya realización tiene prevista una pena en la ley. Por el contrario, si lo que interesa es saber si determinado hecho debe prohibirse bajo la amenaza de una pena (problema característico del legislador), esa definición no servirá, pues no podrá referirse a la pena, sino que deberá hacerlo al contenido de la conducta[19]. Dicho de otra manera: la definición del delito dependerá, en principio, de si lo que quiere caracterizarse son los comportamientos punibles o los que son merecedores de pena. El primer concepto dio lugar a un llamado concepto "formal" del delito, mientras el segundo fue designado como concepto "material" del mismo. Sobre todo bajo el imperio del positivismo legal, ambos conceptos se mantuvieron estrictamente separados en razón de la particular distinción de aquél entre la aplicación del derecho y la creación del derecho, es decir, entre la dogmática jurídica y la política[20].

418. — Sin embargo, en la medida en la que se impuso el método teleológico, la línea divisoria dejó de tener la significación atribuida

[19] Stratenwerth, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, t. I, nº 49, p. 34 y siguientes.
[20] Kelsen, *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*, 2ª ed., 1923, p. 84 y siguientes.

y las cuestiones del comportamiento punible y del merecedor de pena se relacionaron estrechamente en el campo de la dogmática jurídica (o sea, en el momento de la aplicación de la ley).

Por lo tanto, en la dogmática orientada por el método teleológico de interpretación de la ley, una caracterización de los hechos merecedores de pena resulta un presupuesto inevitable para la interpretación del derecho vigente, pues la ley no tiene la finalidad de punir hechos que no sean merecedores de pena.

a — El delito como hecho consistente en la violación de deberes ético-sociales

419. — ¿Qué determina que un hecho sea merecedor de pena? La respuesta a esta pregunta ocupa desde hace poco tiempo a la ciencia penal[21] y, en consecuencia, es muy poco lo que hoy es posible decir al respecto. Sin embargo, parece claro que una primera respuesta consiste en referir el hecho a un orden de valores diverso del jurídico, entendiendo, por ejemplo, que el orden estatal se compone de dos ordenamientos jurídicos: uno, el social, compuesto de las ideas morales generales, de las que surgen las exigencias fundamentales de la vida social, y otro, el estatal, que es su expresión[22]. El delito, en el sentido de comportamiento "merecedor de pena", consistiría en la infracción de ciertos deberes ético-sociales.

b — El delito como hecho socialmente dañoso

420. — Para un derecho penal que deba respetar una estricta separación de derecho y moral —como no solamente el positivismo jurídico exige— el punto de vista señalado anteriormente (*supra*, nros. 417 a 419) no resulta el más adecuado. Por ese motivo, la orientación

[21] Schmidhäuser, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 1ª ed., 1971; 2ª ed., 1975, p. 27 y siguientes.

[22] Así, Schmidhäuser, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, p. 8; también, aunque con otra formulación, Welzel, *Das deutsche Strafrecht*, 11ª ed., 1969, p. 5: el delito sería una contradicción de deberes ético-sociales elementales.

moderna cree resolver el problema definiendo el delito desde el punto de vista de su dañosidad social. Los comportamientos merecedores de pena serían aquellos que produjeran daño social. Pero esta fórmula es excesivamente amplia, tanto que ni siquiera es totalmente opuesta a la anterior, pues siempre cabría la posibilidad de considerar como socialmente dañoso a lo que represente una lesión de "valores ético-sociales elementales".

421. — Sin embargo, la teoría, en su afán de mantener una estricta separación de derecho y moral, quiere referirse fundamentalmente a la lesión de bienes jurídicos. La lesión de un bien jurídico sería, entonces, contenido esencial de la infracción del orden jurídico que se caracteriza como delito. De ello se ha deducido que un principio fundamental del derecho penal es la exigencia de que todo delito constituya por lo menos la lesión de un bien jurídico. Pero tal concepto es particularmente discutido. En la medida en que bienes jurídicos sean todas aquellas situaciones o valores que el legislador quiera proteger, prácticamente todo delito, es decir, toda amenaza de pena referida a un comportamiento determinado, protegerá un bien jurídico que será, lisa y llanamente, la finalidad perseguida por el legislador[23]. Bajo estas condiciones, el principio fundamental pierde evidentemente todo significado, pues requiere, lo mismo que el concepto de delito que estamos tratando, una determinación del concepto de bien jurídico que no haya sido deducida del derecho positivo[24]. Dicho en otras palabras: la teoría del bien jurídico cumpliría una función "dogmática" (en la interpretación de la ley) y otra "crítica" (cuando se trata de identificar el objeto de la lesión constitutiva de un delito). Sin embargo, esta aclaración no logra resolver todos los problemas, aunque impide, al menos provisionalmente, el aumento de la confusión.

422. — En este sentido, "bien jurídico" ha sido entendido como "el interés protegido jurídicamente". "Todos los bienes jurídicos —agrega von Liszt— son intereses vitales, intereses del individuo o de la comunidad: los intereses no los crea el ordenamiento jurídico sino la vi-

23 Así, Honig, *Die Einwilligung des Verletzten*, 1919, t. I.
24 Cfr. Hassemer, *Theorie und Soziologie des Verbrechens*, 1973.

da; pero la protección jurídica eleva el interés vital a bien jurídico"[25]. En las consecuencias, de todos modos, referir el daño social a la lesión del bien jurídico no logra grandes progresos en relación con el problema de la estricta separación entre el derecho penal y la moral. Pues la determinación de qué intereses merecen protección proviene de concepciones de la vida social, cuyas vinculaciones con la ética o la moral son innegables. El propio von Liszt lo reconocía: "La necesidad —decía— crea la protección, y con el cambio de intereses cambian también el número y la especie de los bienes jurídicos. Por ello, las normas jurídicas están enraizadas, en última instancia, tanto en la sabiduría como en las concepciones religiosas, éticas y estéticas del pueblo y del Estado; ellas encuentran allí su sostén firme y apoyado en la tierra y de allí reciben el impulso para su desarrollo".

423. — Toda selección y ordenamiento jerárquico de bienes jurídicos, por tanto, presupone una concepción social y, consecuentemente, también ética. La decisión del legislador de penalizar ciertos comportamientos lesivos de intereses sociales presupone que él mismo considera positivamente éstos, es decir, los reputa merecedores de tutela y, además, les asigna un rango de importancia en el orden de intereses, rango del que deduce la legitimidad de protegerlos mediante una amenaza penal. "La respuesta a la pregunta referente a qué es lo que en una sociedad debe tenerse por socialmente dañoso no queda reservada, ciertamente, al puro arbitrio, pero la dañosidad social concreta de un fenómeno social sólo puede definirse en forma relativa, con referencia a decisiones estructurales previas"[26].

424. — La discusión relativa a la teoría del bien jurídico adquirió significación política inmediata cuando el punto de vista tradicional que, desde Binding y von Liszt, concebía el delito como lesión de un bien jurídico, fue considerado como "un producto característico de la ideología del Estado del liberalismo clásico"[27]. La teoría del bien jurídico y la concepción del delito que en ella se apoyaba fueron entonces atacadas en nombre de la ideología anti-individualista del nacio-

[25] Ambas citas en Liszt, *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, 23ª ed., 1921, p. 4.
[26] Amelung, *Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft*, 1972, p. 368.
[27] Schaffstein, *Das Verbrechen als Pflichtverletzung*, 1935, p. 9.

nal-socialismo[28]. En la defensa de la concepción del delito como lesión de un bien jurídico se exageró, sin duda, el valor de esta teoría y su capacidad para preservar una sociedad liberal. Esto fue, en verdad, consecuencia de haberse soslayado lo referente a la selección y atribución del rango jerárquico de bienes jurídicos, es decir, al proceso de criminalización de los comportamientos lesivos de aquéllos.

c — El delito como expresión de un sentimiento jurídico depravado (derecho penal de autor)

425. — Los conceptos fundamentales del derecho penal dependen básicamente de que éste quiera referirse a hechos, descalificados de alguna manera, o bien a los autores de ciertos hechos. Según esta oposición, es posible estructurar el derecho penal sobre el "principio del hecho" y sobre el "principio del autor"[29]. En ambos casos, tanto el concepto de delito como el de pena sufrirán modificaciones paralelas. Sin embargo, no se trata de una oposición excluyente: en la historia del pensamiento penal se han dado diferentes intentos de síntesis, que difieren entre sí por la intensidad relativa que se atribuye a cada principio en la elaboración del sistema penal.

En el derecho penal de hecho, éste es contemplado en primer término: lo primario es la lesión del orden jurídico o del orden social; el autor, es decir, sus características personales, sólo entran en consideración en forma secundaria. Ello significa que las características personales del autor carecen por sí solas de entidad para dar por cumplidos los presupuestos para la aplicación de una pena. Por lo general, dichas características personales se toman en cuenta (si es que se las toma en cuenta) en el momento de la individualización de la pena aplicable por el hecho cometido. En el derecho penal de autor el hecho tiene solamente una función sintomática[30] y los tipos penales legales requieren ser complementados por un tipo judicial de autor.

[28] Confr. Schaffstein - Dahm, *Liberales oder autoritäres Strafrecht?*, 1933, p. 24 y ss.; Gallas, "Zur Kritik der Lehre vom Verbrechen als Rechtgutsverletzung", en *Festschrift für Gleispach*, 1936, p. 50 y ss.; Wolf, *Vom Wesen des Täters*, 1932, p. 34 y siguientes.

[29] Bockelmann, *Studien zum Täterstrafrecht*, t. I, 1939, 1940.

[30] Tessar, *Die Symptomatische Bedeutung des verbrecherischen Verhaltens*, 1904; también Kollmann, "Der symptomatische Verbrechenbegriff", en "ZStW", 28, 1908, p. 449 y siguientes.

426. — Tanto la concepción del delito como "infracción de deberes ético-sociales" como la que lo considera una acción "socialmente dañosa", entendiendo por tales las que lesionan bienes jurídicos, son puntos de vista que vinculan la definición del delito a la comisión de un hecho (y eventualmente a la omisión de un comportamiento). Frente a ellas se ha procurado desplazar el centro de gravedad de la definición desde el hecho al autor o, dicho de otra manera, a la actitud del autor[31]. Para este punto de vista, "según su esencia el autor es un miembro personal de la comunidad jurídica con un sentimiento jurídico depravado"[32]. Pero además, todo "hecho legalmente tipificado no puede comprobarse si no se lo complementa mediante una tipificación judicial del autor". Estos tipos no deben ser descripciones empíricas (biológicas, psicológicas o sociológicas)[33]. Tales aspectos sólo deberían tomarse en cuenta en el momento de la individualización de la pena. Por una parte, la base irracional de este punto de vista y, por otra, su innegable cercanía con la ideología del nacional-socialismo o con corrientes autoritarias afines, han hecho caer esta tendencia en cierto descrédito científico. Fue abandonada en los años posteriores a la Segunda Guerra Mundial. Sin embargo, ciertas referencias a la actitud del autor se perciben todavía en la teoría de la culpabilidad, aunque no en todos los autores.

427. — Como conclusión de esta exposición cabe ahora referirse a la elección de uno de los puntos de partida del derecho penal. Se trata de puntos de vista primeros que no es posible fundamentar sino en una decisión. Para una aclaración de este proceso de decisión, sin embargo, cabe señalar que los puntos de vista del derecho penal de hecho no garantizan, pero permiten desarrollar los principios del derecho penal liberal. Por el contrario, el derecho penal de autor, sobre todo en la forma en que fue concebido por Erik Wolf y otros autores, pone seriamente en peligro tales principios, cuando no los anula.

El último resabio del derecho penal de autor que quedaba en la legislación española, la ley 16/70, sobre Peligrosidad y Rehabilitación social, ha sido finalmente derogado por la *LO* 10/95.

31 Wolf, *Vom Wesen des Täters*, 1932, p. 34 y siguientes.
32 Wolf, *Vom Wesen des Täters*, 1932, p. 34 y siguientes.
33 Wolf, *Vom Wesen des Täters*, p. 26.

— § 37 —

LOS NIVELES DE IMPUTACION

428. — Desde un punto de vista sociológico un delito es una *perturbación grave del orden social*. Jurídicamente un delito es una *acción ilícita y culpable*. La imputación a un autor de la realización de esta grave perturbación del orden social tiene lugar en dos niveles diferentes. En primer lugar, es preciso que el hecho pueda ser considerado como tal, es decir, como una perturbación grave del orden social. Esta es la materia propia del primer nivel de imputación: *la imputación como ilícito*. En segundo lugar se requiere la imputación del hecho como *culpable*. Ambos niveles tienen una relativa independencia, de tal manera que es posible la imputación de un hecho como ilícito, que, sin embargo, no sea imputable como culpable: por ejemplo, el homicidio cometido por un enfermo mental se imputa como ilícito, pero no puede ser imputado como culpable, pues la enfermedad mental excluye la culpabilidad.

429. — La diferenciación de la imputación en dos niveles es una necesidad resultante del sistema de "doble vía", que prevé medidas de seguridad para incapaces de culpabilidad. Conceptualmente, en un sistema de "única vía", nada impediría que la imputación se llevara a cabo en un único nivel en el que sólo cupiera hablar de ilícito cuando éste fuera culpable.

Estos niveles de imputación rigen tanto para los hechos *activos* como para los *omisivos*.

a — Lo ilícito

430. — El *nivel correspondiente a lo ilícito*, a su vez, se desarrolla en dos momentos diferentes que responden al doble juego de normas penales: las prohibiciones (o mandatos) y las autorizaciones: la comprobación de que el hecho ejecutado es *el* hecho prohibido por la norma y, una vez establecido que es el hecho prohibido por la norma, la comprobación de que la ejecución del mismo no está autorizada por el ordenamiento jurídico. Por ejemplo: "A" dispara su revólver sobre "B"; éste muere; en primer lugar, es necesario verificar que "A" mató

a "B", que es el hecho prohibido por el art. 138 del Cód. Penal; en segundo lugar, que la muerte no ocurrió como consecuencia de la respuesta a una agresión antijurídica (legítima defensa —art. 20.4°, Cód. Penal—). La primera comprobación *precede necesariamente* a la segunda; no es posible plantear la cuestión de la legítima defensa, es decir de la autorización para realizar la acción, sin *antes* haber establecido que la acción realizada estaba prohibida por la ley.

La comprobación del carácter de prohibida de la acción se lleva a cabo por medio de la *teoría de la tipicidad*. La de la ausencia de autorización por medio de la *teoría de justificación o de la antijuridicidad*.

431. — En un tercer momento se trata de la comprobación de si el hecho prohibido y no autorizado tiene la *magnitud* necesaria que justifique una pena. Por ejemplo: En un naufragio "A" mata a "B" para poder salvarse. El hecho está prohibido y no está justificado por el estado de necesidad (justificante) porque el bien jurídico salvado (la vida de "A") es de la misma jerarquía que el sacrificado (la vida de "B"); el estado de necesidad sólo es justificante, por el contrario, cuando el bien salvado es esencialmente más importante que el sacrificado (art. 20.5°, Cód. Penal). En estos casos el hecho constituye una ilicitud reducida que resulta insuficiente para justificar la aplicación de una pena. La comprobación de la magnitud de la ilicitud tiene lugar por medio de la *teoría de la responsabilidad por el hecho*.

b — La culpabilidad

432. — El *nivel correspondiente a la culpabilidad* se desenvuelve en dos momentos: la comprobación de si el autor de lo ilícito pudo conocer o no que el hecho estaba jurídico-penalmente desaprobado (problemática del *error de prohibición*). Una vez afirmado esto se debe verificar si el autor podía comprender la antijuridicidad de su acción y comportarse de acuerdo con esa comprensión (problemática de la *capacidad de culpabilidad*). Ambos momentos se llevan a la práctica mediante la *teoría de la culpabilidad*.

433. — Sobre el *contenido* de los distintos niveles de imputación existen divergencias en la teoría. Sin embargo, sobre los niveles mis-

mos —como se dijo— la opinión general es prácticamente unánime. El sistema aquí presentado difiere del que sigue la opinión dominante en la inclusión dentro de lo ilícito de la cuestión de su magnitud, o expresado a la inversa, los efectos excluyentes de la punibilidad de la *disminución de la ilicitud* (responsabilidad por el hecho).

Capítulo V

El tipo y la tipicidad en general

434. — La exposición de la teoría del hecho punible como teoría de la imputación tiene lugar tradicionalmente en dos partes: la de los delitos caracterizados por la *ejecución de una acción* y aquella de los delitos caracterizados por la *omisión de una acción* ordenada por el ordenamiento jurídico. Los primeros implican la infracción de una *prohibición,* mientras los segundos la desobediencia de un *mandato de acción.*

El presente capítulo se refiere, consecuentemente, a la imputación de delitos activos.

En la actualidad, se debe señalar, existe una considerable tendencia a reducir la significación de la diferencia entre la realización activa y la omisiva del tipo penal[1] y ello tiene consecuencias en la estructura teórica del delito.

435. — La afirmación de que un hecho constituye un ilícito (la violación del orden jurídico) requiere, como vimos, la comprobación de que el hecho importa, en primer término, la infracción de una norma y, en segundo lugar, la verificación de que esta infracción no está autorizada. La primera comprobación es la materia propia de la "tipicidad", es decir, de la coincidencia del hecho cometido con la descripción abstracta, que es presupuesto de la pena, contenida en la ley.

[1] Jakobs, *Die strafrechtliche Zurechnung von Tun und Unterlassen,* 1996; Otto, *Grundkurs Strafrecht. Allgemeine Strafrechtslehre,* t. I, 1976, p. 62 y siguientes, entre otros.

Si un comportamiento es "típico" (ha violado la norma, coincide con el supuesto de hecho del delito) entonces surge el problema de su "antijuridicidad", es decir, de su eventual *justificación*. Se tratará de saber si el autor realizó el hecho típico autorizado por la ley o no. Si careció de tal autorización (por ejemplo, la legítima defensa) el hecho típico será, además, antijurídico.

—§ 38—

EL TIPO PENAL (SUPUESTO DE HECHO TIPICO DEL DELITO) EN GENERAL

a — El tipo penal

436. — Que una acción es "típica" o "adecuada a un tipo penal" quiere decir que esa acción es la acción prohibida por la norma. La teoría del tipo penal es, consecuentemente, un instrumento conceptual para la identificación del comportamiento prohibido. La acción ejecutada por el autor es la acción prohibida por la norma cuando se subsume bajo un tipo penal.

437. — El tipo penal en sentido estricto es la descripción de la conducta prohibida por una norma; "matar a otro" (art. 138, Cód. Penal), por ejemplo, es la descripción de la acción que infringe la norma que prescribe "no matarás". Realizar un tipo penal significa, por ende, llevar a cabo la conducta por él descripta como lesiva de la norma.

438. — En general, "tipo" es una expresión que designa todo conjunto de elementos unidos por una significación común. El tipo penal, por lo tanto, es el conjunto de elementos que caracteriza a un comportamiento como contrario a la norma.

b — Conceptos de tipo penal

439. — Es posible distinguir, por lo menos, dos conceptos de tipo según su contenido:

a) *Tipo garantía*: contiene todos los presupuestos que condicionan la aplicación de la pena y responde al *principio de legalidad.*

b) *Tipo sistemático*: es el tipo en sentido estricto, el que describe la acción prohibida por la norma. El tipo sistemático coincide con el tipo de error: los elementos objetivos de este tipo son los que, en su caso, debe haber conocido el autor para que pueda afirmarse que obró con dolo; el error sobre uno de esos elementos excluye el dolo y, consecuentemente, la tipicidad (del delito doloso).

440. — El tipo sistemático, del que se trata aquí, se obtiene mediante una delimitación de sus elementos respecto de los de la antijuridicidad. Si una acción es contraria al orden jurídico bajo dos condiciones —infracción de una norma (tipicidad) y no autorización de la misma por dicho orden jurídico (antijuridicidad)—, la delimitación de los elementos del tipo requiere excluir del concepto de éste los elementos de la antijuridicidad: *la falta de antijuridicidad no excluye la tipicidad.* La distinción entre antijuridicidad y tipicidad es particularmente problemática respecto de las circunstancias de las causas de justificación: al tipo penal del homicidio es ajeno, desde nuestro punto de vista, que la acción no haya sido realizada en una situación de legítima defensa. Nuestra concepción presupone que la relación existente entre la tipicidad y la antijuridicidad se expresa en que la primera es sólo un indicio de la segunda. En otras palabras: la conducta típica sólo es "sospechosa" de ser antijurídica y, por lo tanto, requiere una comprobación expresa de si está justificada o no.

441. — Contra esta opinión se alza la *teoría de los elementos negativos del tipo.* Según ella no debe admitirse una diferencia valorativa entre la comprobación de la tipicidad y de la antijuridicidad: la conducta es típica si es antijurídica. El tipo penal no estaría compuesto solamente por elementos "positivos" (que deben concurrir), como, por ejemplo, en el homicidio, la acción de matar, la imputación objetiva y el resultado de muerte, sino también por elementos "negativos" (que no deben concurrir), como por ejemplo: que la acción de matar no haya sido la acción necesaria para defenderse de una agresión antijurídica actual o inminente.

442. — Las dos concepciones del tipo que acabamos de reseñar son lógicamente posibles. Sus diferencias prácticas se perciben en el ámbito del error: la primera, la que reduce los elementos del tipo a los positivos, juzga el error sobre los presupuestos de una causa de justificación (por ejemplo: sobre la existencia de una agresión antijurídica o sobre la necesidad de defensa) con reglas más estrictas (las del error de prohibición o sobre la antijuridicidad); la teoría de los elementos negativos del tipo, por el contrario, aplica en estos casos reglas menos estrictas (las del error de tipo) y excluye, en consecuencia, la pena del delito doloso, aunque deje subsistente la del delito culposo. Una decisión en favor de una u otra teoría depende, por tanto, de la teoría del error que se adopte. Nuestro punto de vista parte de considerar que el comportamiento del que "no sabe lo que hace" (por ejemplo, cree que dispara contra un animal y, en realidad, lo hace contra un hombre que dormía bajo las matas) debe tratarse con reglas menos estrictas que el de aquel que "sabe lo que hace" (por ejemplo: matar a otro), pero por error cree hacerlo de forma justificada (por ejemplo: en una situación de defensa necesaria). La relación entre tipo y antijuridicidad está condicionada, por lo tanto, por la teoría del error: si se quiere considerar al error sobre los presupuestos de una causa de justificación con idénticas consecuencias que al error de tipo, la teoría del tipo adecuada será la teoría de los elementos negativos del tipo; si —como nosotros— se estima más razonable aplicarle las reglas del error sobre la antijuridicidad, la teoría preferible será la que sólo admite elementos positivos del tipo. En la teoría existen, de todos modos, puntos de vista intermedios (por ejemplo, la llamada teoría "limitada" de la culpabilidad).

443. — En la actualidad la discusión en torno a la *teoría de los elementos negativos* del tipo ha perdido prácticamente todo su significado. Originariamente se pensó que si se incluían en el tipo, como elementos negativos, los presupuestos de una causa de justificación, se podría acordar relevancia al error sobre esos elementos. El argumento era sencillo: la ley dice que el error es relevante si recae sobre los elementos del tipo; el contenido de éste no está fijado en la ley de forma tal que excluya toda interpretación; si los presupuestos de la justificación son elementos (negativos) del tipo, el error sobre ellos será relevante. Actualmente se piensa, por el contrario, que los pre-

supuestos de una causa de justificación contienen elementos que corresponden a la tipicidad y a la antijuridicidad y que por ello no pueden considerarse enteramente como elementos del tipo, ni tampoco enteramente como elementos de la antijuridicidad. La solución al problema del error sobre los presupuestos de una causa de justificación se debe encontrar, según la doctrina dominante, aplicando de forma analógica las reglas del error de tipo[2]. La aplicación analógica de las reglas del error de prohibición, sin embargo, también es posible si se demuestra que la analogía más cercana es ésta. En tal contexto, la teoría de los elementos negativos del tipo es evidentemente innecesaria.

444. — La teoría dominante practica una distinción adicional. No solamente separa del tipo penal los elementos de la antijuridicidad, sino también los que pertenecen a la *punibilidad*. Es decir: las condiciones objetivas de punibilidad y las excusas absolutorias. Esta distinción entre elementos del tipo y elementos de la punibilidad proviene de la aceptación de una regla no escrita en la ley, que establecería la irrelevancia del error sobre los elementos, ajenos a la infracción de la norma, que condicionan la punibilidad (el *ius puniendi*) pero no la existencia de delito. Por ejemplo: la norma del delito de hurto se infringe cuando alguien se apodera de una cosa mueble ajena con ánimo de lucro y sin consentimiento del dueño; esta infracción de la norma que prohíbe hurtar sólo es punible a condición de que el autor no sea cónyuge, ascendiente o descendiente (art. 268, Cód. Penal). La calidad personal de pariente del perjudicado es considerada como una condición de la punibilidad ajena a la infracción de la norma y que, por lo tanto, ni requiere el conocimiento por parte del autor, ni su suposición errónea tiene relevancia alguna; se trata de una circunstancia que nada quitaría al delito de hurto en sí mismo, pero que impediría su punibilidad. *Si no se acepta* la regla no escrita que le quita relevancia al error sobre la "punibilidad" del delito, la categoría de las excusas absolutorias y las condiciones objetivas de punibilidad deja de tener sentido[3].

[2] Stratenwerth, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 3ª ed., 1981, nº 499 y siguientes.

[3] Bacigalupo, en "Cuadernos de Política Criminal", nº 6, 1978, p. 3 y ss.; ídem, *Delito y punibilidad*, 1983 (*passim*).

— § 39 —

EL TIPO DEL DELITO DOLOSO Y EL TIPO DEL DELITO CULPOSO O IMPRUDENTE

445. — El tipo penal de los delitos dolosos contiene básicamente una acción dirigida por el autor a la producción del resultado. El tipo penal de los delitos culposos, por el contrario, contiene una acción que no se dirige por el autor al resultado. En el primer caso se requiere, por lo tanto, una coincidencia entre el aspecto objetivo y el subjetivo del hecho: lo ocurrido tiene que haber sido conocido por el autor. Esto permite distinguir entre un tipo objetivo, que contiene los aspectos objetivos del hecho, y un tipo subjetivo, que contiene los aspectos subjetivos (conocimiento) del mismo. Ambos tipos deben ser coincidentes, como se dijo.

446. — En el tipo de los delitos culposos esta coincidencia entre lo ocurrido y lo conocido no existe: el autor quiere llegar a un lugar preestablecido con su automóvil antes de una hora determinada y para ello acelera su marcha; no quiere, por el contrario, matar al peatón que cruza la calle cuya presencia no previó, debiendo haberlo hecho. Aquí la distinción entre el tipo objetivo y el tipo subjetivo no tiene *mayor* significación práctica y por ello no se utiliza en el sentido de una *coincidencia* entre el saber y lo ocurrido. Excepcionalmente, sin embargo, se afirma la existencia de un "tipo subjetivo del delito culposo"[4] que estaría compuesto por la "posibilidad de conocer el peligro que la conducta crea para los bienes jurídicos ajenos". Por lo tanto, es posible hablar, de todos modos, de un tipo subjetivo en el delito imprudente en el sentido del *conjunto de elementos individuales del tipo imprudente*[5].

447. — Los tipos penales, además, presentan una estructura diferente según que describan *hechos comisivos o comportamientos omisivos*. Por lo tanto, es posible ofrecer las siguientes variedades:

[4] Zaffaroni, *Manual de derecho penal. Parte general*, 1977, ps. 368 y siguientes.
[5] Jakobs, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 2ª ed., 1991, nº 9/4.

- ***Tipos de comisión*** ..... *dolosos*
  ..... *culposos*
- ***Tipos de comisión por omisión*** ..... *dolosos*
  —art. 11, Cód. Penal— ..... *culposos*
- ***Tipos de omisión*** ..... *dolosos*
  ..... *culposos*

—§ 40—

EL CONTENIDO GENERICO DEL TIPO PENAL

a —Elementos del tipo penal

448. —El contenido de todas las especies de tipos penales está dado por tres elementos: *a)* El autor, *b)* la acción, y *c)* la situación de hecho. Los tipos del derecho penal hoy conocido y vigente son básicamente *tipos de acción* y el derecho penal actual es por eso un *derecho penal de acción*. El punto de vista contrario, el de un derecho penal de autor, no ha llegado a imponerse. Esta postura consiste en una fuerte acentuación de la idea de prevención especial; bajo tales circunstancias —como se vio— la acción queda reducida a un elemento meramente sintomático de la personalidad del autor. Un derecho penal que estructure sus supuestos de hecho sobre estas bases no ha llegado a desarrollarse[6].

[6] Cfr. *supra*, § 36, *c*.

449. — La descripción de la situación de hecho en la que el autor realiza la acción se lleva a cabo por el legislador mencionando los distintos elementos que la componen. Estos elementos pueden clasificarse según la repercusión que deban tener en el autor: dado que el mismo debe conocer las circunstancias del presupuesto de hecho y que éste está compuesto por elementos fácticos y otros que no lo son, el conocimiento requerido por el dolo es diferente según se trate de *elementos descriptivos o normativos.*

b — Elementos descriptivos y normativos

450. — *Elementos descriptivos* son aquellos que el autor puede *conocer y comprender* predominantemente a través de sus sentidos; puede verlos, tocarlos, oírlos, etcétera. Ejemplo de elemento descriptivo es "cosa mueble" en el delito de hurto (art. 234, Cód. Penal).

451. — *Elementos normativos* son aquellos en los que predomina una valoración y que, por lo tanto, no pueden ser percibidos sólo mediante los sentidos. Por ejemplo: puros conceptos jurídicos, como el de *"documento"* (art. 390 y ss., Código Penal). Se trata de elementos cuyo conocimiento no se exige de una manera técnico-jurídica: para el dolo es suficiente con la *"valoración paralela en la esfera del lego"*. Asimismo pertenecen a la categoría de los elementos normativos aquellos que requieren una valoración empírico-cultural del autor, como el carácter "obsceno" de la exhibición (art. 185, Cód. Penal).

452. — Tratándose de elementos normativos el autor debe hacer una valoración de las circunstancias en las que actúa y esa valoración debe ajustarse a la del término medio de la sociedad. Los márgenes para el error son sumamente amplios y los problemas que de allí se pueden derivar extremadamente complejos. La distinción no es absoluta. No faltan casos en los que el componente descriptivo requiere alguna referencia normativa y viceversa. Lo decisivo para determinar la naturaleza de un elemento es cuál es su aspecto preponderante.

453. — Respecto de los elementos normativos no siempre es posible hablar de subsunción bajo una definición. Por lo tanto, la motiva-

ción de la sentencia en lo que se refiere a los elementos normativos debe adoptar ciertas particularidades que son consecuencia de la estructura conceptual de los mismos. "Al Estado de derecho le corresponde una preferencia por la construcción de conceptos fácticos. Ellos determinan una actividad judicial puramente intelectual: comprobación y subsunción de hechos. En estos casos las decisiones judiciales toman parte de la calculabilidad y objetividad de las conclusiones lógicas". Por el contrario, los elementos normativos no requieren "una comprobación de hechos, sino un juicio judicial de valor"[7].

Ejemplo claro de estos elementos es el carácter "obsceno" de la exhibición en el art. 185, la cantidad de "notoria importancia" de droga en el art. 369.3°, la "especial gravedad" del daño en el art. 250.6°, "instrumento peligroso" del art. 148.1°, todos del Código Penal.

454. — Para la comprobación de elementos normativos el juez tiene que valorar y expresar su valoración. "Allí donde los juicios de valor son ineludibles para establecer la acción típica, es preciso tener el valor de valorar y no esconderse detrás de imágenes criptonormativas", afirmaba Mezger[8]. De todos modos, no todos los elementos normativos implican una idéntica valoración. En la teoría se ha distinguido, con razón, entre los elementos que contienen una valoración y los que requieren (del juez) una valoración[9]. Ambas especies de elementos normativos tienen en común una característica negativa: no tienen carácter empírico (no son elementos del hecho que el autor o el juez puedan conocer mediante sus sentidos). Sin embargo, esta característica sólo es, en principio, relevante a los efectos del error del autor, dado que desde este punto de vista se plantea la cuestión de cuándo es posible aceptar que ha obrado con un error sobre un elemento cuyo conocimiento no sólo requiere una percepción sensorial. Por el contrario, desde la perspectiva de la motivación de la sentencia solamente ofrecen una problemática diferenciada los elementos

[7] Grünhut, *Begriffbildung und Rechtsanwendung im Strafrecht*, 1926, p. 7 y ss.; similar: Wolf, *Die Typen der Tatbstandsmässigk eit*, 1931, p. 57; Engisch, en *Festschrift für Mezger*, 1954, ps. 127 y ss. y 136.

[8] Mezger, *Strafrecht, ein Lehrbuch*, 3ª ed., 1949, p. 191.

[9] Así desde la obra de Wolf, *Die Typen der Tatbstandsmässigk eit*, 1931, nota 34, p. 58.

normativos que requieren una valoración judicial, pues aquellos que ya contienen una valoración jurídica (por ejemplo: "ajena", referido a la cosa en el hurto) no son conceptos empíricos, pero, por regla, se determinan mediante una aplicación de normas en forma silogística. En los conceptos que requieren una valoración judicial, como lo señala E. Wolf[10], se exige "una valoración más o menos subjetiva". Pero la teoría, de todos modos, ha tratado de objetivizar al máximo esta valoración judicial. Mezger ha sostenido en esta línea que en el caso de los "elementos con valoración cultural, la valoración tiene lugar igualmente sobre la base de normas y criterios vigentes, pero que no pertenecen al ámbito jurídico"[11].

455. — En idéntica dirección dice Jescheck que la "vinculación del juez a la ley en estos supuestos se manifiesta en que el legislador no admite una valoración personal, sino que parte de la existencia de valoraciones ético-sociales, a las que el juez está subordinado"[12].

456. — Hassemer, por último, señala que cuando el legislador emplea elementos normativos, como, por ejemplo, "buenas costumbres", "no ha querido librar al juez de la vinculación a la ley" (...). "La cuestión del alcance (del significado) de los conceptos que requieren una valoración judicial (por lo tanto) no se dirige a la voluntad del juez penal, sino a la voluntad del legislador y de la ley penal"[13].

457. — Por lo tanto, el juez, aplicando estos criterios, debería motivar su valoración mediante una expresa referencia a normas sociales (no jurídicas), a criterios éticos-sociales o *standards* de comportamiento reconocidos socialmente. Las opiniones citadas parten, indudablemente, de que tales normas, criterios y *standards* tienen un reconocimiento social que el juez puede conocer inmediatamente por su carácter "público y notorio". Pero este punto de vista no parece, sin

[10] Wolf, *Die Typen der Tatbstandsmässigk eit*, 1931, nota 34, p. 58.

[11] Mezger, *Strafrecht, ein Lehrbuch*, 3ª ed., 1949, p. 192; en el mismo sentido: Tiedemann, *Die Zwischenprufung im Strafrecht*, 1987, p. 114; Jakobs, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 2ª ed., 1991, p. 52 y ss. (con diversa terminología).

[12] Jescheck, *Lehrbuch des Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 4ª ed., 1988, p. 116.

[13] Hassemer, *Einführung die grundlagen des Strafrechts*, 1981, p. 180.

embargo, fácil de confirmar sociológicamente: la cuestión de qué normas ético-sociales o qué *standards* de conducta se pueden considerar "vigentes" en una sociedad pluralista, es decir, que admite la legitimidad de diversas concepciones ético-sociales y de distintos criterios morales, constituye casi un enigma. ¿Cuáles son los criterios "vigentes" para determinar lo que hoy se debe considerar "obsceno"? En realidad, mediante estas teorías se procura legitimar la decisión judicial a través de un criterio similar al de las leyes penales en blanco (es decir, por la remisión a otra norma no perteneciente al ordenamiento legal y que lo completa); en la medida en la que el propio legislador ha realizado (tácitamente) la remisión, la aplicación de la norma ético-social no implicaría creación judicial del derecho. Pero, en tanto no sea claro a qué norma ético-social o cultural entre las que tienen reconocimiento social el legislador remite, quedará siempre un margen de creación judicial ineludible, al menos en lo referente a la elección de la norma aplicable entre las socialmente aceptadas.

458. — En suma, la motivación de la comprobación de los elementos normativos no es en todos los casos igual. Cuando el tribunal deba verificar la existencia de un elemento normativo que contiene una valoración jurídica (por ejemplo: "cosa ajena", "documento", "tributo", "pariente", etcétera) el razonamiento silogístico en nada diferirá de los ya expuestos en relación a los elementos descriptivos. A la inversa, cuando el tribunal deba motivar la existencia de un elemento normativo que requiere una valoración judicial, la argumentación será más compleja. Comenzará con una justificación de la elección de la norma ético-social, del *standard* o del criterio en el que se basa la valoración judicial (por ejemplo, deberá explicar —si lo hace— por qué aplica una norma ético-social que establece que una mujer que se presenta en una playa *"top-less"* realiza una exhibición obscena, dándole preferencia sobre otras normas de la misma especie que establecen lo contrario). A partir de ese momento, el razonamiento de la motivación no difiere de los restantes casos. En suma: la diferencia radica en que cuando se valora sobre la base de normas jurídicas vigentes el tribunal o el juez no necesita justificar la existencia de la misma, mientras que cuando la valoración se apoya en una norma extrajurídica la justificación de ésta es imprescindible. Dicho de otra manera, en los llamados "elementos normativos de valoración cultural"

la premisa mayor del silogismo (la ley aplicable) se debe integrar con la norma legal y la norma ético-social que la complementa[14].

c — Referencias a los medios, al momento y al lugar de la acción

459. — También pertenecen al tipo objetivo las *referencias a los medios* (instrumentos) utilizados por el autor para la comisión del delito. En estos casos la sola lesión del bien jurídico por el comportamiento del autor no fundamenta la adecuación típica; se requiere que la agresión haya sido emprendida con medios determinados. Por lo general, la utilización de tales medios determina la subsunción en un tipo agravado. Por ejemplo: la utilización de armas en el robo (art. 242.2°, Cód. Penal).

460. — Las *referencias al momento de la acción* son igualmente elementos del tipo objetivo. Por ejemplo: durante "un conflicto armado", del art. 609 del Cód. Penal.

461. — Son también elementos del tipo objetivo las *referencias al lugar* en que se comete la acción. Así el robo resulta más grave en el Código Penal cuando se verifica en casa habitada o edificio abierto al público (art. 241.1°, Cód. Penal).

— § 41 —

Las diferentes especies de tipos penales

462. — Según las características de la acción o las exigencias referidas al autor, los tipos penales pueden distinguirse en delitos de *re-*

[14] En forma paralela se ha sostenido que la ley general de causalidad, que permite explicar en el caso concreto la conexión causal entre acción y resultado, se debe integrar en la ley (jurídica) que contiene el tipo penal (cfr. Kaufmann, Armin, en "JZ", 1971, p. 569 y ss., reproducido en *Strafrechtsdogmatik Zwischen Sein und Wert*, 1982, p. 173 y ss.; ver referencias al respecto en *STS* de 23/4/92). En un sentido similar también habla Jakobs, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 2ª ed., 1991, p. 293, de "una contrariedad a la norma como presupuesto de la tipicidad".

sultado, (de lesión y de *peligro*) y de *pura actividad*, por un lado, y, por otro, en delitos *comunes* y *especiales*.

a — Delitos de resultado (de lesión y de peligro) y delitos de actividad

463. — El tipo, tanto de un delito doloso como de uno culposo, adopta dos estructuras diversas según que se trate de delitos de resultado (que producen una lesión o el peligro de la misma) o de actividad o predominante actividad (que se agoten en el movimiento corporal del autor).

464. — Los primeros están integrados básicamente por la acción, la imputación objetiva y el resultado. Este último consiste, ante todo, en la lesión de un determinado objeto (por ejemplo, la cosa en el delito de daños, art. 263 y ss., Cód. Penal). Este objeto se denomina objeto de la acción y no se debe confundir con el objeto de protección o bien jurídico; aun los delitos que no requieren un resultado material importan una lesión de un bien jurídico (por ejemplo: el delito de injuria —art. 208, Cód. Penal— o el de allanamiento de morada —art. 203 y ss., Cód. Penal—). En otras palabras, todos los delitos importan —en principio— una *lesión inmaterial* (la del bien jurídico); sólo un número determinado de ellos requiere una *lesión material* (la del objeto de la acción).

465. — Junto a los delitos de resultado material o de lesión, se encuentran los de peligro. En estos tipos penales no se requiere que la acción haya ocasionado un daño sobre un objeto, sino que es suficiente con que el objeto jurídicamente protegido haya sido puesto en peligro de sufrir la lesión que se quiere evitar. El peligro puede ser concreto, cuando se requiere realmente la posibilidad de la lesión, o abstracto, cuando el tipo penal se reduce simplemente a describir una forma de comportamiento que según la experiencia general representa en sí misma un peligro para el objeto protegido (ejemplo de delito de peligro concreto: art. 341 del Cód. Penal; ejemplo de delito de peligro abstracto: art. 368, Cód. Penal) sin necesidad de que ese peligro se haya verificado. Parte de la teoría excluye la tipicidad en los

delitos de peligro abstracto cuando se comprueba una absoluta imposibilidad de surgimiento del peligro.

466.—En los delitos de actividad, al contrario de los de resultado, el tipo se agota en la realización de una acción que, si bien debe ser (idealmente) lesiva de un bien jurídico, no necesita producir resultado material o peligro alguno. La cuestión de la imputación objetiva de un resultado a la acción es, por consiguiente, totalmente ajena a estos tipos penales, dado que no vinculan la acción con un resultado o con el peligro de su producción.

467.—La distinción de los delitos de actividad y los de peligro abstracto es difícil. La clasificación de los tipos penales en delitos de resultado y de actividad (según la existencia o no de un resultado o peligro sobre un objeto material) y en delitos de lesión o peligro (según el grado de intensidad del resultado sobre el objeto) es cuestionable, ya que hay delitos de peligro (abstracto) que, en verdad, difícilmente pueden diferenciarse de los de actividad.

> Las penas amenazadas para algunos delitos de peligro abstracto (por ejemplo, tráfico de drogas—art. 368, Cód. Penal—) no se pueden considerar insignificantes y, sin embargo, desde el siglo pasado por lo menos, la teoría ha entendido que tales delitos sólo constituyen ilícitos menores que cabrían dentro de la especie de las "puras desobediencias" y que "la sanción de las verdaderas desobediencias puras, que no contienen de ninguna manera una puesta en peligro de los bienes jurídicos, sería un descarrilamiento del legislador"[15].
> Esta posición recogía un punto de vista clásico, según el cual, "la infracción de una ley es ya un mal en sí misma; pero la ley de cuya infracción no surgiera ningún otro mal que el de la propia infracción sería ella misma un mal"[16]. En la dogmática penal fue Binding quien objetó en forma seria esta categoría de delitos, que consideró como de pura desobediencia. Las objeciones de Binding atacaron en primer término la presunción de peligro contenida en los delitos de peligro abstracto. "La puesta en peligro sería a menudo—señalaba Binding— difícil de probar, por lo cual el legis-

[15] Hippel, *Deutsches Strafrecht,* 1930, t. II, p. 101; véase también, en sentido similar, Kaufmann, Armin, *Strafrechtsdogmatik zwischen, Sein und Wert,* 1982, p. 193.

[16] Brinz, *Pandekten*, t. II, p. 152, citado por Binding, *Die Normen und ihre Übertretung*, 4ª ed., 1922, t. I, p. 398; también, Jhering, *Der Zweck im Recht*, 3ª ed., 1983, t. I, ps. 484 y 485, citado igualmente por Binding.

lador vería siempre la existencia de peligro como acciones normalmente peligrosas; el legislador en tales casos emplearía una *praesumtio juris et de jure* respecto de la peligrosidad del comportamiento: éste no sería peligroso en concreto, sino abstractamente"[17]. Si este punto de vista fuera correcto, pensaba Binding, "mediante la presunción, un gran número de hechos no delictivos terminaría incluso en el ámbito de lo delictivo"[18].

La crítica de Binding fue todavía más lejos. Ante todo, afectó aspectos vinculados con la consistencia dogmática de los delitos de peligro abstracto: "Lo que sería correcto respecto de la puesta en peligro tendría que serlo, análogamente, en relación a los resultados de lesión. También para éstos tendría que ser suficiente con la lesión general"[19]. Por otra parte, continúa diciendo, "el supuesto de hecho expresado en las leyes contiene dos elementos de la acción delictiva concreta. En los delitos, por tanto, en los que la ley requiere expresamente la lesión o el peligro esto tiene lugar sin excepciones, en el sentido de que en el caso concreto los delitos tienen que producir la lesión o el peligro. La subsunción de una acción no peligrosa bajo tal concepto de delito choca contra todas las reglas de la correcta aplicación de la ley"[20]. Finalmente, Binding criticó la interpretación que tiene como resultado la admisión de un delito de peligro abstracto: "A la teoría del peligro general o abstracto hay que formularle la pregunta respecto de si la carencia de peligro concreto que postula para un determinado delito de peligro afecta realmente a ese delito"[21]. Con ello quiso significar Binding lo poco segura que era la afirmación según la cual un determinado delito no requiere la producción del peligro para el bien jurídico.

De este análisis dogmático de los llamados delitos de peligro abstracto no se aparta Beling, para quien tales delitos "carecen de toda existencia justificada"[22]. Habrá un delito de peligro abstracto, en la opinión de Beling, "cuando la ley penal sanciona una acción en virtud del peligro que ésta normalmente representa, incluso en el caso de que no haya sido peligrosa *in concreto*, de tal manera que el juez, naturalmente, no necesita comprobar una puesta en peligro, e inclusive la clara prueba de la carencia de peligrosidad de la acción no excluirá la aplicación de la ley penal"[23]. De ello deduce Beling que los delitos de peligro abstracto no serían sino "tipos sin lesión y sin peligro"[24].

17 Binding, *Die Normen und ihre Übertretung*, 4ª ed., 1922, t. I, p. 380.
18 Binding, *Die Normen und ihre Übertretung*, 4ª ed., 1922, t. I, p. 381.
19 Binding, *Die Normen und ihre Übertretung*, 4ª ed., 1922, t. I, p. 383.
20 Binding, *Die Normen und ihre Übertretung*, 4ª ed., 1922, t. I, p. 383.
21 Binding, *Die Normen und ihre Übertretung*, 4ª ed., 1922, t. I, p. 383.
22 Beling, *Die Lehre vom Verbrechen*, 1906, p. 217.
23 Beling, *Die Lehre vom Verbrechen*, 1906, p. 217.
24 Beling, *Die Lehre vom Verbrechen*, 1906, p. 217.

Estos cuestionamientos no han cesado en la dogmática moderna de los delitos de peligro abstracto.

En primer lugar, se postula la incompatibilidad de los delitos de peligro abstracto con el principio de culpabilidad[25]. La argumentación con la que sostiene este punto de vista Arthur Kaufmann parte de la comprobación —ya señalada, como vimos, por Beling— de la falta de relevancia del peligro para decidir sobre la tipicidad del comportamiento. "Esto tiene por consecuencia que no beneficia al autor suponer —correcta o erróneamente— que su acción no representa peligro alguno. De esta manera también la culpabilidad se presume sin prueba en contrario o, inclusive, es fingida"[26]. Consecuentemente, Arthur Kaufmann critica la posición de los que sostienen que en el delito de incendio, del § 306 del Cód. Penal alemán, la conciencia de peligro de la acción para vidas humanas no es elemento del dolo, por lo que, aun cuando el autor se haya asegurado de que tal peligro no podría producirse con su acto, el hecho resultará punible por incendio doloso.

Contra esta argumentación podría quizá alegarse que todo el problema reside en la *praesumtio juris et de jure* de la peligrosidad de la acción. La objeción podría superarse si se admitiera sencillamente la prueba en contrario del peligro representado por la acción. De esta forma podría excluirse la tipicidad en los casos en los que la acción no hubiera representado en absoluto un peligro para el bien jurídico protegido.

Este es el camino que transita el punto de vista defendido por Schröder[27]. De acuerdo con él, "tendrá que admitirse que en ciertos casos la presunción legal de peligrosidad no se destruye, aunque, en casos concretos, el tribunal estará facultado para admitir la prueba contra el carácter peligroso de la acción y, en consecuencia, para no aplicar el tipo penal cuando pueda comprobarse que el hecho no ha constituido ningún peligro imaginable para la vida humana" (se refiere al citado § 306 del Cód. Penal alemán)[28].

De todos modos, la solución propuesta por Schröder no se postula con carácter general para todos los delitos de peligro abstracto. Schröder distingue, en realidad, dos categorías de delitos de peligro abstracto: unos, que podríamos llamar de peligro abstracto determinado[29], como el incendio agravado del § 306 del Cód. Penal alemán, y otros que cabría designar como de peligro abstracto indeterminado, entre los que contarían las in-

[25] Kaufmann, Arthur, *Schuld und Strafe*, 1966, p. 283 y ss.; también, Baumann, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 7ª ed., 1975, p. 135; Schmidhäuser, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 2ª ed., 1975, p. 255, nota 74.

[26] Kaufmann, Arthur, *Schuld und Strafe*, 1966, p. 287.

[27] Schröder, en Schonke - Schröder, *Strafgesetzbuch, Kommentar*, nota 3.

[28] Schröder, en Schonke - Schröder, *Strafgesetzbuch, Kommentar*, p. 16.

[29] Esta terminología no es utilizada por Schröder.

fracciones punibles de las prescripciones del tráfico, la tenencia no autorizada de armas y explosivos y el tráfico de drogas prohibidas[30]. Estos últimos serían delitos en los "que la dirección en la que puede producirse el peligro captado por la ley es tan poco determinada que su prueba no puede admitirse"[31]. La cuestión de cuándo se justifica una aplicación restringida de los delitos de peligro abstracto en este sentido es, por lo demás, un problema de interpretación de cada tipo particular[32].

La solución propuesta por Schröder es en principio rechazada por la teoría[33], aunque, justo es decirlo, sin una argumentación convincente. Ello no impide que se la acepte parcialmente sólo con respecto al delito de incendio del § 306 del Cód. Penal alemán, por un lado, y, por otro, para aquellos casos en los que (también en el Código Penal alemán) la pena mínima resulta inadecuada para la poca gravedad del caso[34]. Desde otro punto de vista, se afirma que en estos casos (especialmente en el ya mencionado del incendio) la tipicidad debe depender de que la conducta haya sido contraria al deber de cuidado respecto del bien jurídico protegido[35]. Implícitamente, estos conceptos aceptan que los resultados de la solución postulada por Schröder es correcta, aunque se difiera en la fundamentación.

Desde nuestro punto de vista, la solución de Schröder es objetable por los límites a que está reducida. No hay razón que explique que la prueba en contrario de la presunción de peligro sólo deba admitirse cuando la dirección en la que puede producirse el peligro es determinada. La limitación presupone que hay tipos penales que protegen bienes jurídicos que pueden ponerse en peligro de una manera indeterminada. Pero tales tipos serían difícilmente compatibles con el principio de legalidad: peligro indeterminado significa también tipo indeterminado. Esta indeterminación legislativa no puede compensarse mediante una presunción *juris et de jure* contra el autor.

Por otra parte, se ha objetado a la tesis de Schröder que, de acuerdo con ella, los delitos de peligro abstracto (al menos en ciertos casos) se convertirían en delitos de peligro concreto[36]. Si se puede admitir la prueba en contrario de peligro representado en general por la acción respecto del ca-

30 Schröder, en Schonke - Schröder, *Strafgesetzbuch, Kommentar*, p. 17.

31 Schröder, en Schonke - Schröder, *Strafgesetzbuch, Kommentar*, p. 17.

32 Schröder, en Schonke - Schröder, *Strafgesetzbuch, Kommentar*, p. 17

33 Blei, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 18ª ed., 1983, p. 108; Jescheck, *Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil*, 3ª ed., 1978, p. 212; con reservas, Horn, en *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 1980, t. II, vor § 306, 15 y siguientes.

34 Jakobs, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 1983, p. 146.

35 Horn, *Konkrete Gefährdungsdelikte*, 1973, ps. 22, 28 y 84.

36 Horn, *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, vor § 306, 17; ídem, *Konkrete Gefährdungsdelikte*, 1973, p. 25 y ss., con otras críticas.

so concreto, ello se debe a que el peligro concreto es un elemento del tipo. La exclusión de la tipicidad por falta de un elemento que no es del tipo es, sin duda, una figura de poca consistencia lógica.

El resultado perseguido por Schröder se fundamenta desde otra perspectiva por Horn[37]. Según Horn, los delitos de peligro abstracto no serían sino modos del delito culposo, que "sólo se diferencian de los restantes tipos culposos porque en ellos no se exige la producción concreta de una lesión del bien jurídico"[38]. De esta manera, el problema se resolvería sin retornar a la presunción *juris et de jure* del peligro, puesto que, si se entienden los delitos de peligro abstracto como "delitos de acción peligrosa" *(Gefahr-Handlungsdelikte)*, no cabría en el momento de la tipicidad "ni más ni menos comprobación de un peligro que la necesaria para la verificación de una infracción del cuidado debido"[39].

Pero la solución de Horn, al hacer depender la tipicidad de una infracción del cuidado debido respecto del bien jurídico, no escapa totalmente a la crítica. ¿Qué significa haber tenido cuidado respecto de un bien jurídico que la acción no ha puesto en peligro? ¿Tiene algún sentido político criminal hacer depender la tipicidad de que el autor de una acción que no ha puesto en absoluto en peligro el bien jurídico haya tomado medidas de cuidado para que aquélla no cree un peligro real o lesione el bien jurídico? Parece claro que la exigencia de cuidado tiene sentido cuando se realiza una acción que concretamente puede poner en peligro un bien jurídico. Pero cuando el autor ejecuta una acción que, en particular, no reviste la peligrosidad expresada por la ley en forma general, la exigencia de cuidado no parece justificable[40]. La solución ofrecida por Horn no tiene los inconvenientes lógicos que presentaba la postulada por Schröder, pero no resulta satisfactoria político-criminalmente. Es claro, por otra parte, que se trata de una solución que presupone que lo ilícito se fundamenta exclusivamente en el disvalor de acción y que, por tanto, una falta de cuidado, concretamente una verificación de la eventual peligrosidad concreta de una acción que se estima *ex ante* como no peligrosa para el bien jurídico, es ya suficiente motivo para la intervención del Estado mediante el derecho penal[41].

[37] Horn, *Konkrete Gefährdungsdelikte*, 1973, p. 22 y ss.; véase también, en la misma dirección, Rudolphi, en *Festschrift für Maurach*, 1972, ps. 51 y ss. 151 y siguientes.

[38] Horn, *Konkrete Gefährdungsdelikte*, 1973, pág. 23.

[39] Horn, *Konkrete Gefährdungsdelikte*, 1973, pág. 28.

[40] Precisamente, Schröder, en Schonke - Schröder, *Strafgesetzbuch, Kommentar*, p. 15, pone de manifiesto que el ámbito de los delitos de peligro abstracto "es fácil de imaginar casos en los que el juicio de experiencia en el supuesto particular es incorrecto, y ello puede comprobarse ya en el momento en el que se produce la infracción del autor".

[41] Desde otro punto de vista, la crítica de Jakobs, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 1983, p. 148, nota 177, a la solución de Horn por qué "la carencia de una referencia sub-

Como es obvio, no es posible solucionar aquí los problemas de la dogmática de los delitos de peligro abstracto. Sin embargo, la discusión en torno a ellos, que ha sido esquemáticamente reseñada, permite deducir que las críticas fundadas en el principio de culpabilidad no han encontrado hasta ahora una solución adecuadamente formulada. Gran parte de estos problemas se presentan en el delito del art. 368 del Cód. Penal español de una manera especial: la entidad de lo ilícito de los delitos de peligro abstracto no se corresponde con la pena amenazada en dicha disposición legal. Como delito de peligro abstracto, el delito de tráfico de drogas se sitúa en una zona en la que se duda del merecimiento de pena o se llega a la conclusión de que sólo es un delito culposo. Bajo tales condiciones es evidente que resulta de difícil justificación que un hecho que sólo representa un peligro más o menos remoto para la salud individual resulte en múltiples situaciones más severamente penado que el que directamente causa un mayor peligro del mismo bien jurídico. Basta para verificar lo antedicho con comparar las penas del art. 368 con las del art. 147 del Código Penal español.

b — Delitos comunes o generales y delitos especiales

468. — Los tipos penales se distinguen, desde otro punto de vista, según que requieran un autor que ostente determinadas calificaciones o puedan ser realizados por cualquiera. Por lo general, sólo se requiere para ser autor de un delito tener capacidad de acción (delitos comunes). Esto ocurre en el homicidio o en el hurto, delitos que no mencionan para nada una calificación especial del autor. Generalmente las leyes penales designan esta falta de características específicas cuando se refieren a aquél en forma genérica: "el que...". Hay, sin embargo, ciertos delitos que solamente pueden ser cometidos por un número limitado de personas: aquellas que tengan las características especiales requeridas por la ley para ser autor. Se trata de delitos que importan la violación de una norma especial[42] (por ejemplo, el art. 404, Cód. Penal). Estos delitos que no solamente establecen la prohibición de una acción, sino que requieren además una determi-

jetiva respecto de la infracción del cuidado debido conduce a una condición objetiva de punibilidad".

[42] Kaufmann, Armin, *Normentheorie*, p. 138 y siguientes.

nada calificación del autor, se denominan delitos especiales[43]. Estos pueden ser a su vez de dos clases:

469. — Delitos especiales propios son tales como la prevaricación, porque sólo pueden ser cometidos por quien es juez o funcionario, quedando impune si la cometiera alguien que careciera de esa calificación. Si la calidad de "juez" es considerada un elemento del tipo, el sujeto que, sin tener dicha calificación, cree poseerla y dicta una sentencia prevaricante, comete tentativa de prevaricación. En consecuencia, bajo tales condiciones la tentativa de delitos especiales propios dolosos es posible para los sujetos no cualificados; la consumación no. La solución será diversa si los elementos del autor no se consideran parte del tipo[44], pues en tal caso el error sería un error de prohibición al revés, es decir, un *delito putativo*, como tal *no punible*. Los delitos especiales propios se clasifican entre los llamados *"delitos de infracción de deber"*, caracterizados por la relación entre el autor y el bien jurídico, que es independiente de la ejecución personal de la acción y que surge de una posición estatutaria del sujeto activo.

470. — Delitos especiales impropios son aquellos en los que la calificación específica del autor opera como fundamento de agravación. Por ejemplo: la agravación de la pena de apropiación indebida prevista para el funcionario en el art. 432 del Código Penal[45].

471. — Es discutida la cuestión de si los elementos objetivos que califican al autor deben incluirse o no en el tipo penal. Si se los incluye en éste, su suposición errónea dará lugar a tentativa punible y la creencia errónea de que no concurren eliminará el dolo. Si, por el contrario, se sostiene que son elementos del deber jurídico, su suposición errónea tendrá por resultado un delito putativo (no punible), así como la creencia errónea de que no concurren no eliminará el dolo y se deberá tratar con las reglas del error sobre la prohibición (art. 14.3°, Cód. Penal español).

43 En detalle sobre estos delitos, Langer, *Das Sonderverbrechen*, 1972.

44 Cfr. *infra*, Cap. X, § 73.

45 Silva Castaño, *La apropiación indebida y la administración desleal*, Madrid, 1997.

472. — La opinión dominante incluye los elementos objetivos de la autoría en el tipo penal, distinguiendo entonces entre estos elementos y el deber jurídico que de su posesión por el autor se deriva para éste. Dicho deber jurídico no es elemento del tipo: el error sobre el mismo se rige con las reglas del error de prohibición. Por ejemplo: el funcionario que sabe que lo es, obra con dolo en la aceptación de un regalo en razón de sus funciones (cohecho), pero podría obrar con error (evitable o no) sobre la prohibición si ignora que ese hecho le está prohibido o si supone que lo que ha recibido no es una dádiva[46].

— § 42 —

LA SUBSUNCION TIPICA Y LAS AGRAVANTES Y ATENUANTES GENERICAS[47]

473. — La relación entre un hecho y un tipo penal que permite afirmar la tipicidad del primero se denomina subsunción. Un hecho se subsume bajo un tipo penal cuando reúne todos los elementos que éste contiene. En la práctica, la subsunción se verifica comprobando si cada uno de los elementos de la descripción del supuesto de hecho se da en el hecho que se juzga.

474. — En los delitos *dolosos* la tipicidad depende de la comprobación de los elementos del tipo objetivo y de los elementos del tipo subjetivo (dolo y demás elementos subjetivos de la autoría).

475. — En los delitos *culposos* la tipicidad depende de la comprobación de una acción que ha producido un peligro jurídicamente desaprobado y de la producción del resultado o peligro requerido para su punibilidad.

[46] Kaufmann, Armin, *Normentheorie*, p. 141 y ss.; Roxin, *Offene Tabestände und Rechtspflichtmerkmale*, 2ª ed., 1970, ps. 5 y siguientes.

[47] Cfr. Alamo, *El sistema de las circunstancias del delito*, 1982; González Cussac, *Teoría general de las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal*, 1988.

476. — La estructura del Código Penal español, sin embargo es más complicada, dado que en la Parte General se encuentran también las *circunstancias agravantes y atenuantes*, que constituyen elementos que, accidentalmente, completan la descripción del tipo penal agregándole circunstancias que hacen referencia a la gravedad de la ilicitud o de la culpabilidad. De esta manera el legislador ha pretendido —ingenuamente— convertir los problemas valorativos de la gravedad del delito en cuestiones de subsunción, suponiendo que de esta manera se ganaría en seguridad jurídica. La práctica demuestra que esto no es así.

477. — En principio, las *circunstancias agravantes* tienen una doble estructura típica, pues presentan elementos objetivos que deben ser abarcados por el dolo del autor. Hay circunstancias agravantes que se relacionan directamente con la *gravedad de la ilicitud* (por ejemplo, la alevosía, el abuso de superioridad, el aprovechamiento de ciertas circunstancias favorecedoras, el prevalerse del carácter público del autor). Otras, por el contrario, conciernen directamente a la *culpabilidad* y, más concretamente, a la reprochabilidad de la motivación (obrar por precio, recompensa o promesa, por motivos especialmente reprochables —racismo, antisemitismo, etcétera—, aumentando deliberadamente el sufrimiento de la víctima o con abuso de confianza). Es dudoso por qué razón el uso de disfraz o el aprovechamiento de circunstancias que favorezcan la impunidad del delincuente han sido considerados circunstancias agravantes, dado que nadie tiene la obligación de contribuir a su punibilidad. Totalmente diversa es la estructura de la *reincidencia* (art. 22.8ª, Cód. Penal español), pues no se refiere a circunstancias del hecho, sino a una tendencia de la personalidad del autor.

478. — Las *circunstancias atenuantes* (art. 21, Cód. Penal español) también presentan una doble configuración. Por un lado, aparecen las llamadas *eximentes incompletas* (art. 21.1ª, Cód. Penal), una institución propia de un sistema en el que el error es irrelevante. Una vez introducida por la reforma de 1983, su único significado se debe reducir a los casos de *capacidad de culpabilidad disminuida* (art. 20.1ª, Cód. Penal), toda vez que los restantes casos (por ejemplo legítima defensa incompleta, estado de necesidad incompleto) son en

realidad supuestos de *error de prohibición evitable*, que se deben tratar según el art. 14 del Cód. Penal español[48]. De todo ello se deduce que estas atenuantes son ajenas a los problemas del tipo penal.

479. — Por otro lado, están las restantes atenuantes que en todos los casos afectan directamente a la gravedad de la culpabilidad y también son, por ello, *ajenos al tipo penal*. A diferencia de lo que ocurre con las agravantes, las atenuantes constituyen un catálogo abierto, pues cualquier circunstancia de análoga significación a las enumeradas en el art. 21.2ª a 5ª del Cód. Penal, es decir, que signifique una disminución de la culpabilidad o de lo ilícito, debe ser apreciada como atenuante.

480. — La técnica legislativa moderna trata los problemas de la gravedad de la ilicitud y de la culpabilidad en el marco de la individualización de la pena, estableciendo una serie de factores sobre cuya base se debe realizar el juicio correspondiente (llamados factores de la individualización). Por el contrario, el Código Penal español de 1995 ha quedado en este punto —como en otros— anclado en las ideas de 1848.

481. — En la medida en la que describen circunstancias objetivas y subjetivas, las circunstancias agravantes forman parte (accidental) del tipo objetivo o del subjetivo y, por lo tanto, están regidas por las mismas reglas de la tipicidad que el resto de los elementos del tipo, sobre todo en lo que respecta al *error de tipo*. El estudio de estas circunstancias —que carecen de la generalidad que les ha supuesto el legislador— se debe estudiar en la Parte Especial en aquellos deli-

[48] La cuestión tiene poca relevancia práctica, dado que la consecuencia jurídica es la misma, a pesar de la apariencia que sugieren los textos legales de los arts. 14 y 68 del Cód. Penal. Es evidente que, aunque el art. 68 sólo diga que "los jueces o tribunales podrán imponer (...) la pena inferior, en uno o dos grados", no se trata de una mera facultad, ya que si la situación tiene un menor contenido de ilicitud o el autor es menos reprochable la pena debe ser correspondientemente atenuada. En este sentido es errónea la respuesta dada por la Fiscalía General del Estado en la Consulta 1/97 que sólo considera "conveniente" que de ordinario se atenúe la pena, pues a menor ilicitud o a menor culpabilidad la degradación de la pena es obligada. Cfr. Choclán Montalvo, *Individualización judicial de la pena*, Madrid, 1993, p. 137.

tos en los que tiene sentido su concurrencia (es evidente que carece de sentido aplicar el art. 22.2ª del Cód. Penal español en un caso de injurias cometido en un baile de máscaras, simplemente porque el autor estaba disfrazado).

482. — Las agravantes y atenuantes generan también problemas en el ámbito de la participación de varios en la realización del delito. Concretamente se trata de si las circunstancias que concurren en uno de los partícipes se trasmiten (en sus efectos) a los otros o no. El art. 65 del Cód. Penal español establece un criterio para resolver estos problemas, provenientes del antiguo art. 60 del Cód. Penal de 1973, cuya idoneidad a estos fines es extremadamente dudosa. Nos ocuparemos de la cuestión en el capítulo destinado a la accesoriedad de la participación. En el derecho comparado europeo el sistema del Código Penal es seguido también por el derecho alemán. Por el contrario, el derecho italiano y el derecho austriaco mantienen un criterio generalizador que tiene un funcionamiento diverso del nuestro.

Capítulo VI

La imputación en los delitos de actividad

— § 43 —

LOS ELEMENTOS DEL TIPO DOLOSO DE COMISION: TIPO OBJETIVO Y SUBJETIVO

483. — La primera de las formas de lo ilícito que se expondrá es la del delito doloso de comisión. Se puede decir que éste ha constituido hasta ahora el prototipo del delito desde el punto de vista dogmático. Las restantes formas (delitos de omisión o culposos) suelen estudiarse en relación con él.

484. — Como ya hemos adelantado, los delitos dolosos se caracterizan por la coincidencia entre lo que el autor hace y lo que quiere. Ello nos permite afirmar que resulta adecuado (como hemos visto) analizar separadamente el aspecto objetivo del comportamiento (tipo objetivo) y el subjetivo (tipo subjetivo).

485. — Actualmente, como se dijo, existe una clara tendencia a no tomar como punto de partida la distinción entre comportamiento *activo* y *omisivo*, sino a reemplazarla por otra; la de la *"responsabilidad por la libertad de organización"*, en cuyo marco la distinción entre acción y omisión tiene reducida trascendencia, y *"la responsabilidad por incumplimiento de deberes institucionales"*[1].

[1] Jakobs, *Die strafrechtliche Zurechnung von Tun und Unterlassen*, 1996.

— § 44 —
El tipo objetivo

a — El autor de la acción. La posición de garante

486. — Como se ha visto (*supra* 41, *b*) los tipos penales pueden ser *tipos comunes* y *tipos especiales* (propios). En los primeros no se establece una especial caracterización del autor; la ley simplemente se refiere "*al que...*" realizare una determinada acción. Por el contrario, en los *delitos especiales* (propios), en los que la realización del tipo sólo puede ser llevada a cabo por una persona especialmente cualificada por su relación con el bien jurídico, es decir por su posición estatutaria, el tipo penal describe también esta cualificación del autor. Una parte de la doctrina admitió que en estos últimos delitos era también de significación el *deber de garantía*, que se venía utilizando, en la práctica y en la teoría, sólo en el marco de los *delitos de omisión* para caracterizar al autor de los mismos[2]. De esta manera es posible reconocer en el delito del art. 295 del Cód. Penal (administración desleal) un tipo en el que sólo puede ser autor quien sea *garante* en los términos que allí se establecen.

487. — En la actualidad se abre camino un punto de vista que extiende la *posición de garante* a todos los tipos penales, sean éstos omisivos o activos, especiales o comunes. La posición de garante resulta de esta manera un elemento general de la autoría también en los *delitos activos de resultado*[3]. La posición de garante en los delitos *comunes* activos se fundamenta en la realización misma de la acción, dado que todo ciudadano debe responder como garante de que sus acciones no producirán lesiones en los bienes de otros ciudadanos. En los *delitos especiales* (delitos de infracción de deber), como se dijo, se fundamenta en el deber emergente de la posición estatutaria del autor (por ejemplo, funcionario, administrador, etcétera)[4]. En un senti-

[2] Schmidhäuser, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 2ª ed., 1975, nº 8/85.

[3] Jakobs, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 2ª ed., 1991, nº 7/56 y ss., Sánchez-Vera, en "Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales", t. XLVIII, 1995, p. 187 y siguientes.

[4] Pérez del Valle, *LLespañola*, ejemplar del 15/4/97, p. 1 y ss., en relación con la prevaricación del abogado.

do acaso similar otros autores incluyen en todos los tipos de ilicitud un elemento caracterizado como *"la lesión de un deber de evitar"*, que también alcanzaría a los tipos activos[5].

488. — Asimismo en la teoría "negativa de la acción"[6] la posición de garante es un elemento esencial de la imputación. De una manera implícita también Roxin admite alguna función para la posición de garante en los delitos activos cuando considera los casos de imputación a un *ámbito ajeno de responsabilidad*[7].

489. — En todo caso, sólo forman parte del tipo penal las circunstancias que determinan el surgimiento del deber (por ejemplo, el nombramiento del funcionario, no los deberes que se vinculan al ejercicio del cargo; el nombramiento como administrador, pero no los deberes que de él surgen).

b — La acción

1 — Desarrollo histórico-dogmático[8]

490. — El concepto de acción tiene la función de establecer el *mínimo de elementos que determinen la relevancia de un comportamiento humano para el derecho penal.* Dicho con otras palabras, la caracterización de un comportamiento como acción o como no acción determina si el comportamiento es o no relevante para el derecho penal. En este sentido, el concepto de acción se debe referir a comportamientos de los que eventualmente se pueda predicar la culpabilidad del autor (si concurren los elementos que la fundamentan[9].

[5] Otto, *Grundkurs Strafrecht. Allgemeine Strafrechslehere*, 1976, p. 55 y ss., aunque con alcances diferentes en una estructura de la teoría del delito de dos niveles.

[6] Herzberg, *Die Unterlessung im Strafrecht und das Garanten prinzip*, 1972, p. 169 y siguientes.

[7] Roxin, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 1992, t. I, § 11/104.

[8] Cfr. Jaén Vallejo, *El concepto de acción en la dogmática penal*, 1994; Vives Antón, *Fundamentos del sistema penal*, 1996.

[9] Bacigalupo, *Principios de derecho penal español*, 1985, p. 113; Jaén Vallejo, *El concepto de acción en la dogmática penal*, p. 93.

491. — Durante varias décadas la teoría de la acción fue el centro de las discusiones relativas a la estructura del delito. El enfrentamiento entre los partidarios de las *teorías causal y finalista de la acción* terminó con la imposición de las transformaciones sistemáticas propugnadas por la última. Desde el punto de vista más superficial la polémica se manifestaba en el lugar sistemático del dolo, que la teoría causal consideraba como una forma de la culpabilidad, mientras la teoría finalista proponía su incorporación (como simple dolo de hecho, es decir, sin incluir en el concepto de dolo la conciencia de la antijuridicidad) a lo ilícito. Por otro lado, también un aspecto de la imprudencia (la infracción de un deber objetivo de cuidado) debía ocupar su lugar en lo ilícito, permitiendo así que el dolo y la culpa (así entendidos) dieran lugar a dos formas diversas de lo ilícito en lugar de a dos formas de la culpabilidad, como lo sostenía la teoría causal.

492. — Desde un punto de vista profundo esta discusión se refería al problema del *sentido* de los comportamientos humanos. Mientras la teoría causal identificaba la acción humana con su aspecto causal naturalístico, la teoría final de la acción se desarrolló en un contexto científico-social en el que el sentido social de la acción dependía de la dirección dada por el autor a su acción y, por lo tanto, de la dirección subjetiva de la misma.

493. — La disputa entre ambos conceptos desembocó en el *concepto social de acción* que procuró sintetizar aspectos de los otros dos. De acuerdo con éste *"acción es conducta humana socialmente relevante"*[10], es decir que la acción puede consistir tanto en el *ejercicio de una actividad final*, según postulaban los finalistas, como en la *causación* de determinadas consecuencias (de acuerdo con los causalistas), en la medida en la que el suceso hubiera podido ser conducido de acuerdo con la finalidad del autor. Pero este concepto ha sido también fuertemente criticado por su carencia de contenido: una conducta —se dice en este sentido— es socialmente relevante o no, si se subsume o no bajo un tipo penal[11].

[10] Jescheck, *Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil*, 3ª ed., 1978, § 23-IV, con amplia indicación bibliográfica.

[11] Otto, *Grundkurs Strafrecht. Allgemeine Strafrechslehere*, 1976, p. 62.

494. — Paralelamente, se ha desarrollado una tendencia que considera que el concepto de acción tiene "un papel completamente secundario"[12] o que niega toda función al concepto de acción en la estructura de la teoría del delito[13]. Estos criterios, en realidad, operan con un concepto ingenuo de conducta humana, pues consideran que no se necesita una teoría de la acción, dado que es suficiente con comprobar "la posibilidad de la persona de evitar la conducta prohibida".

2 — Los conceptos negativos de acción

495. — Una opinión minoritaria, pero cuya influencia en el moderno concepto de acción es difícilmente ocultable, pone en duda el punto de partida tradicional, según el cual el omitente debe ser concebido según los criterios existentes para el autor activo[14]. El camino correcto, desde esta perspectiva, es el contrario: "hay que partir de la omisión y ésta debe ser buscada también en el hecho activo". Por lo tanto, lo decisivo no consistiría en el momento en el que un sujeto da una puñalada a otro causándole la muerte, sino en no haberlo omitido en el momento decisivo. Así, al autor se le imputará un resultado cuando no lo haya evitado, habiendo podido hacerlo y estando ello impuesto por el derecho. El fenómeno de la acción se debe expresar, por lo tanto, en forma negativa, de tal forma que en todo comportamiento activo se verá *"un no-evitar evitable en posición de garante"*[15]. En este sentido se señala que "el hombre se encuentra en el centro de un círculo de dominio, que, al mismo tiempo, es una esfera de responsabilidad. Cuanto más se extiende al exterior, menor es la intensidad de dominio y más dudosa es la responsabilidad del garante (...). Por el contrario, cuanto más se acerca al centro, más obvia resulta la posición de garante. Y cuanto más se replega a su interior constituye sin duda la persona misma, en su unidad de cuerpo y alma"[16].

[12] Schmidhäuser, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 2ª ed., 1975, nº 8/20.

[13] Otto, *Grundkurs Strafrecht. Allgemeine Strafrechslehere*, 1976, p. 63.

[14] Herzberg, *Die Unterlessung im Strafrecht und das Garanten prinzip*, 1972, p. 170 y siguientes.

[15] Herzberg, *Die Unterlessung im Strafrecht und das Garanten prinzip*, 1972, p. 172 y siguientes.

[16] Herzberg, *Die Unterlessung im Strafrecht und das Garanten prinzip*, 1972, ps. 170 y 173.

496. — De ello se deduce que "también el autor activo tiene que ser tratado como garante, pues la caprichosa ejecución de una conducta nada modifica respecto del hecho de la actualización de la persona como fuente de peligros potencial que se da en el movimiento corporal delictivo"[17]. Si quien sufre una hemorragia nasal *no impide* a sabiendas la mancha del tapizado de un sillón o si lo *hace* voluntariamente, es, desde esta perspectiva, jurídicamente indiferente[18].

497. — Por otra parte, procurando reducir los momentos normativos de los conceptos de acción y dando mayor relevancia a los elementos empíricos (básicamente psicoanalíticos), se ha propuesto excluir del concepto negativo de acción la posición de garante[19]. De acuerdo con ello, el concepto negativo de acción debe reemplazar la posición de garante por el elemento peligro. Consecuentemente "se dará una acción cuando el autor, a la vista de una situación de peligro, no ejecuta la acción que lo evite a pesar de su capacidad de acción"[20]. El peligro al que aquí se hace referencia es el "impulso de destrucción"[21].

3 — La crítica de los conceptos negativos de acción

498. — En primer lugar, se ha sostenido que "el 'no-evitar evitable' en sí mismo carece de sustancia"[22], pues se puede referir tanto a la mera decisión de la que proviene el suceso, como al resultado exterior del mismo. En la medida en la que se trata de algo evitable, sería claro que "también los meros pensamientos son evitables, por lo que el concepto negativo de acción no permitiría distinguir entre las conductas penalmente relevantes y las que no lo son. La crítica no resulta convincente si se tiene en cuenta que Stratenwerth, mal que le pese, también propone un concepto negativo de acción cuando reconoce el carácter de acción a "la *posibilidad* de conexión consciente en la

[17] Herzberg, *Die Unterlessung im Strafrecht und das Garanten prinzip*, 1972, p. 173.

[18] Herzberg, *Die Unterlessung im Strafrecht und das Garanten prinzip*, 1972, p. 170 y siguientes.

[19] Cfr. Behrendt, *Die Unterlassung im Strafrecht*, 1979.

[20] Behrendt, *Die Unterlassung im Strafrecht*, 1979, ps. 130 y 143-144.

[21] Behrendt, *Die Unterlassung im Strafrecht*, 1979, p. 121.

[22] Stratenwerth, *Festschrift für Hans Welzel*, 1974, p. 297.

propia conducta que se desarrolla inconscientemente". Es claro que a partir de estas consideraciones serán acciones las omisiones de conectar un mecanismo consciente de dirección de la acción cuando ello era posible. El carácter negativo del concepto no parece discutible. En realidad, la tesis de Stratenwerth también podría ser expresada como "lo conducible no conducido".

4 — La acción como comportamiento exterior evitable

499. — En la medida en la que el concepto de acción se limita a establecer el mínimo común denominador de todas las formas de delitos (dolosos y culposos, activos y omisivos) su contenido no abarca todos los elementos de un comportamiento humano, sino sólo aquellos que sirven a su función como elemento del delito. En este sentido la teoría de la acción parte de una *distinción esencial: la dirección o dirigibilidad de la acción* y *la dirección o dirigibilidad de los impulsos*. Dicho con un ejemplo: la posibilidad o imposibilidad del autor de motivarse según las normas del derecho no es una cuestión que tenga relevancia en el marco de la teoría de la acción. Esta distinción fue formulada inicialmente como consecuencia del concepto "ontológico" de acción (Welzel). Pero en la actualidad este punto de vista no es aceptado y la distinción tiene una fundamentación diversa. Por un lado, se sostiene que "es el resultado del intento de formular la especie de las expectativas jurídico-penalmente relevantes y sus garantías en el contacto social"[23]. Por otro, se afirma que la distinción sólo tiene su fundamento en la decisión del legislador[24]. Finalmente, también se piensa que se trata de una distinción paralela a la existente entre el contenido descriptivo de la norma y el de la vinculación al valor motivadora de la imposición de la norma que en cada caso se debe determinar interpretativamente[25]. En todo caso esta distinción —cualquiera sea su fundamento último— es necesaria en un sistema en el que se reconocen dos especies de error (de tipo y de prohibición) con diferentes consecuencias jurídicas (exclusión del dolo y

[23] Jakobs, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 2ª ed., 1991, nº 6/22.
[24] Roxin, en "ZStW", 74, p. 515 y siguientes.
[25] Zielinski, *Handlungs-und Erfolgsunwert im Unrechtsbegriff*, 1973, p. 114 y siguientes.

exclusión de la culpabilidad), como ocurre con el art. 14 del Cód. Penal. Es decir, al menos resulta impuesta por el legislador; si además responde a una distinción objetiva es, evidentemente una cuestión muy problemática.

500. — La acción, por lo tanto, es *todo comportamiento exterior evitable*, es decir, un comportamiento que el autor habría podido evitar si hubiera tenido un motivo para hacerlo. Por ejemplo: el autor que dispara sobre su víctima y le produce la muerte habría podido evitar esa acción si hubiera querido; el que, como consecuencia de una fuerza irresistible (por ejemplo, una avalancha de personas) que lo empuja contra otra persona, le causa lesiones, no hubiera podido evitar lesionar a otro. En el primer caso existe una acción; en el segundo no. Sólo una conducta evitable puede ser *expresiva del sentido social* que interesa al derecho penal.

501. — La *evitabilidad* no tiene que ser conocida por el agente pero sí debe referirse a sus concretas capacidades de acción. Por tales razones no parecen acertadas las críticas que el criterio de la evitabilidad ha merecido de parte de la doctrina española[26], en la que se confunde la evitabilidad con la motivación del sujeto. Por ejemplo: el autor que comprueba que su vehículo no responde al freno, pero *ignora* que el mismo está equipado con un freno de emergencia que, si hubiera sido accionado, habría podido evitar atropellar a un peatón, ejecuta una acción individualmente evitable, pues hubiera podido detener el vehículo y no atropellar al peatón. Por el contrario, si el autor enciende fuego sin poder calcular que una tormenta *inesperada* lo desviará hacia unas casas que luego se incendian, no habrá acción, pues su capacidad individual de detener el viento es nula.

502. — Este concepto de acción tiene la función principal de eliminar del ámbito del derecho penal todo hecho totalmente irrelevante.

503. — Es opinión dominante —cualquiera sea la fundamentación del concepto de acción que se adopte— que no hay acción cuando

[26] Paredes Castañón, *El riesgo permitido en el derecho penal*, 1995, p. 297.

se da alguna causa de exclusión de la misma. Las causas de exclusión de la acción serían:

a) Los actos reflejos (por ejemplo, las reacciones producidas por un estornudo, que hacen imposible controlar el movimiento corporal como consecuencia del cual se lesiona a otro).

b) La fuerza física irresistible (ejemplo: el caso ya analizado del que se deriva la muerte de un niño, al ser violentamente despedido por una avalancha incontenible de personas)[27].

c) Los estados de inconsciencia absoluta (el supuesto de la madre que, dormida, ahoga con su cuerpo al niño que duerme a su lado)[28].

504. — Debe advertirse, sin embargo, que la función atribuida a las "causas de exclusión" de la acción por la teoría dominante no tienen carácter absoluto. La denominación que se les da induce evidentemente a la falsa creencia de que en estos supuestos la acción resulta excluida en todos los casos. En realidad, lo único que quiere decirse es que, a los efectos de la tipicidad, no puede tomarse en cuenta el movimiento reflejo o el acto realizado en estado de inconsciencia absoluta aisladamente y por sí mismos: no puede fundarse la tipicidad de la muerte del niño en el movimiento con el que la madre dormida lo ahoga[29]. Pero ello no quiere significar que sea irrelevante para el derecho penal la acción de la madre de poner al niño a su lado para

[27] Correctamente eliminado del Código Penal, al ser considerada innecesaria la específica regulación del antiguo art. 8.9º; cfr. Silva Castaño, *Código Penal comentado*, coordinado por L. Rodríguez Ramos y J. López Barja de Quiroga, 1990, p. 46 y siguientes.

[28] Cerezo Mir, *Curso de derecho penal español. Parte general*, 1984, t. I, p. 355 y ss.; Cobo del Rosal -Vives Antón, *Derecho penal. Parte general*, t. II, p. 216 y ss.; Gimbernat Ordeig, *Introducción a la parte general del derecho penal español*, 1979, p. 38; Jiménez de Asúa, *Tratado de derecho penal. Parte general*, 3ª ed., 1965, t. III, p. 709 y ss.; Jiménez de Asúa, *La ley y el delito*, p. 219 y ss.; Quintero Olivares, *Introducción al derecho penal. Parte general*, 1981, p. 184 y ss.; Sainz Cantero, *Lecciones*, t. II, p. 255 y ss.; Rodríguez Devesa, *Derecho penal español. Parte general*, 5ª ed., 1976, p. 478 y ss.; Rodríguez Mourullo, *Derecho penal. Parte general*, t. I, p. 231 y ss.; Jescheck, *Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil*, p. 178 y siguientes.

[29] Otter, *¿Funktionen des Handlungsbegriffs im Verbrechensaufbau?*, 1973, p. 180.

dormir o —para usar el ejemplo de Kaufmann—[30] que no deba tomarse en cuenta que "el epiléptico fue por sí mismo al lugar en el que tuvo el ataque que produjo el daño".

505. — La exclusión de la acción, por tanto, en los supuestos de las llamadas "causas de exclusión de la acción" no puede afirmarse sin verificar previamente si la acción inmediatamente anterior es relevante para el derecho penal, es decir, si fue evitable. La acción de la madre de poner al niño a su lado para dormir con él es evitable y por ende relevante para el derecho penal. Por el contrario, el hecho debería juzgarse de otra manera (excluyendo la acción de la madre) si el niño hubiera sido puesto al lado de la madre ya dormida por el padre o por un tercero. En este último supuesto es la acción del que puso al niño junto a la madre dormida la que constituiría el fundamento de la tipicidad.

506. — Problemáticos resultan también los casos en que el autor obra en un estado de alta excitación emocional, en los supuestos de las llamadas acciones en "corto circuito"[31]; aquí el elemento voluntario se mantiene, pero se ejecuta a una velocidad tal que el agente carece de la posibilidad de movilizar reacciones inhibidoras del comportamiento. O en el de los comportamientos automatizados, sobre todo los que tienen lugar en el tráfico rodado. En estos supuestos la opinión dominante admite el carácter de acciones de estos comportamientos, sobre la base de que es posible que tengan lugar en forma consciente[32] o bien de que es posible interponer la voluntad consciente orientadora del comportamiento[33].

507. — La circunstancia de que entre las llamadas "causas de exclusión de la acción" y las "causas de inimputabilidad" o de "exclusión de la capacidad de culpabilidad" (como es preferible denominar a es-

30 Kaufmann, Armin, en *Festschrift für Hans Welzel*, 1974, p. 394.

31 Maurach, *Deutsches Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 4ª ed., 1971, p. 188.

32 Stratenwerth, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 3ª ed., 1981, nros. 148 y 150.

33 Rudolphi, en *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 6ª ed., 1995, previo al § 1, nros. 19 y 20; Krümpelmann, en *Festschrift für Hans Welzel*, p. 336 ss.; Schewe, *Reflexbewegung-Handlung-Vorsatz*, 1972.

tas últimas) haya sólo una diferencia de grado o de intensidad, hace suponer que la teoría de la acción está estrechamente vinculada a la idea de culpabilidad y que, en verdad, representa ante todo un avance de problemas de ésta en el ámbito de lo ilícito[34].

508. — Como se ha visto, la discusión en torno a la teoría de la acción no tiene incidencia respecto de las causas que la "excluyen", pues en cualquiera de los sistemas éstas son las mismas. Ello pone de manifiesto que en la resolución de casos la toma de posición respecto de la acción no tiene trascendencia en este aspecto concreto, es decir, en la comprobación de si hubo o no una acción. Por lo tanto, es conveniente no confundir el concepto de acción como base del sistema dogmático de la teoría del delito, y la comprobación de la acción típica en la resolución de los casos.

5 — El concepto de acción en la dogmática española

509. — En lo que concierne a la caracterización de la acción en la dogmática española, reina una notoria falta de consenso teórico. En las consecuencias prácticas, por el contrario, existe una considerable unidad, aunque no faltan voces discrepantes.

510. — Respecto del concepto de acción se sostienen puntos de vista semejantes a los de la *teoría finalista* de la acción, aunque, en parte, con diversa fundamentación[35]. Por otra parte, se defiende el *concepto causal* de acción con ciertas modificaciones en lo relativo a exigencia de voluntariedad[36] o en su sentido tradicional[37]. Otra variación del concepto causal de acción ha sido propuesta desde la perspectiva del control del movimiento o inmovilidad por la voluntad hu-

34 Bacigalupo, en "Cuadernos de Política Criminal", 1980, p. 150 y ss., nº 11.

35 Cfr. Jaén Vallejo, *El concepto de acción en la dogmática penal*, 1994; Cerezo Mir, *Curso de derecho penal español. Parte general*, 1984, t. I, p. 336 y ss.; Mir Puig, *Derecho penal. Parte general*, 4ª ed., 1996, p. 173, partiendo de la idea de Estado social y democrático de derecho.

36 Gimbernat Ordeig, en *Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann*, 1989, p. 159 y siguientes.

37 Cobo del Rosal - Vives Antón, *Derecho penal. Parte general*, p. 292 y siguientes.

mana[38]. Asimismo también se encuentran representantes de la *teoría social de la acción*[39]. Desde otro ángulo se niega también el interés de un concepto de "comportamiento en abstracto o general" y se propone reemplazarlo por el bien jurídico "como concepto general y vinculante para el injusto"[40].

c — La realización del tipo objetivo en los delitos de resultado lesivo

1 — Resultado, causalidad e imputación objetiva

511. — La adecuación típica en los delitos de lesión depende de que la realización de la acción haya producido un resultado lesivo que le sea objetivamente imputable. En estos delitos el juez debe comprobar, para dar por acreditada la realización del tipo objetivo, no sólo la realización de la acción, sino también la producción de un resultado de lesión y la existencia de una relación específica entre éste y aquélla (imputación objetiva). Estos delitos están en las antípodas de los que se agotan en la sola realización de una acción (delitos de pura actividad: por ejemplo, la injuria —art. 208, Cód. Penal—); los delitos de lesión presuponen el resultado de lesión de un objeto determinado. Este objeto se denomina objeto de la acción y puede ser una cosa o una persona: es una cosa, por ejemplo, en el delito de daños (art. 263, Cód. Penal); es una persona, en el de lesiones (art. 147, Cód. Penal). En este último caso puede también consistir en la creación de un determinado estado interno de la persona[41].

512. — El resultado en sentido estricto importa, por lo tanto, una lesión del objeto de la acción y no cualquier consecuencia vinculada a ésta (por ejemplo, no es resultado del delito de homicidio el dolor ocasionado a los familiares de la víctima)[42]. Esta lesión del objeto de la

[38] Luzón Peña, *Curso de derecho penal*, 1996, t. I, p. 265 y siguientes.
[39] Rodríguez Mourullo, *Derecho penal. Parte general*, t. I, 1978, p. 211 y siguientes.
[40] Bustos - Hormazábal, *Manual de derecho penal*, 4ª ed., 1994, p. 239.
[41] Blei, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 18ª ed., 1983, t. I, p. 70 y siguientes.
[42] Cfr. Laurenzo, *El resultado en derecho penal*, 1992, que distingue acertadamente resultado y disvalor de resultado.

acción debe distinguirse de la lesión del objeto de protección, que está constituida por la lesión del bien jurídico. Todo delito (inclusive los de pura actividad) se puede caracterizar como lesión de un bien jurídico (la injuria, por ejemplo, lesiona el bien jurídico del honor), pero no todo delito requiere la lesión de un objeto determinado. Los delitos de lesión serían, entonces, aquellos en los que la lesión del bien jurídico tiene lugar a través de la lesión de un objeto protegido.

513. — La tipicidad de una acción respecto del tipo penal de un delito de resultado requiere la comprobación de que el resultado típico se encuentra en una relación tal con respecto a aquélla, que permite afirmar que es la concreción de la misma; que es —en otras palabras— producto de ella. De lo dicho se deduce que en los delitos de actividad este problema no se presenta: por ejemplo, en la injuria no se requiere un resultado material y, por lo tanto, la cuestión de la relación entre la acción y el resultado no puede presentarse.

514. — Las *teorías clásicas* afirmaron que la relación que permite considerar un resultado acaecido como producto de la acción es una *relación de causalidad*, es decir, una relación de causa a efecto idéntica a la de los sucesos de la naturaleza. Sin embargo, se distinguió con precisión entre ser causal y ser responsable por la producción del resultado: ambas categorías no se superponen. Puede afirmarse que la causalidad establece un límite mínimo de la responsabilidad, pero no toda causalidad implica, sin más, responsabilidad. La causalidad requiere una limitación: entre los comportamientos causales de un resultado típico sólo algunos culminan en la responsabilidad penal. La teoría de la causalidad se completa mediante correctivos de naturaleza no causal, sino normativa, es decir, correctivos que se deducen de la naturaleza de lo ilícito penal. Este conjunto de correctivos de la causalidad da lugar a la teoría de la imputación objetiva. El desarrollo de la cuestión muestra que gran parte de los problemas que se presentan se relacionan con el lugar sistemático en el que debe practicarse la corrección de la causalidad (en el momento de la adecuación al tipo objetivo, en el del dolo o en el de la culpabilidad).

515. — Desde un punto de vista puramente causal, también los padres del homicida serían causa del resultado de muerte, pero sus

comportamientos no interesan al derecho penal. La teoría de la imputación objetiva procura, por el contrario, determinar el fundamento y el lugar donde debe llevarse a cabo una corrección de los resultados de las teorías naturalistas de la causalidad, sobre la base de principios deducidos de la naturaleza de la norma y del fin de protección del derecho penal.

2 — Las teorías de la causalidad

516. — En el desarrollo de la dogmática penal han sido muchas las teorías que han intentado responder a la pregunta por la relación de causalidad[43]. De ellas sólo han subsistido en la práctica dos: la teoría de la equivalencia de las condiciones *(conditio sine qua non)* y la teoría de la causalidad adecuada. Lo que diferencia un punto de vista del otro es que, mientras la primera postura considera como relevante para el derecho penal una conexión causal concebida en el sentido de las ciencias naturales, la segunda trata de limitar los resultados de una consideración meramente natural incluyendo puntos de vista valorativos que restringen el concepto de causalidad a la causalidad jurídico-penalmente relevante.

I — La teoría de la equivalencia de condiciones

517. — Esta teoría renuncia a la determinación de una causa del resultado y afirma que todas las condiciones de éste tienen idéntica y equivalente calidad causal. Causa del resultado de muerte de la víctima es tanto la acción que le produjo una lesión leve como el incendio del hospital en el que murió mientras se hacía curar.

518. — Partiendo de esta concepción de la causalidad se elaboró la llamada fórmula de la teoría de la condición, cuya finalidad es la de permitir una aplicación práctica sencilla de los principios causales de ésta. Para ello es preciso distinguir las condiciones positivas (acciones en sentido estricto) de las negativas (omisiones).

[43] Jiménez de Asúa, *Tratado de derecho penal. Parte general*, t. III, p. 510 y ss.; Antolisei, *Il rapporto di causalità nel diritto penale*, 1934.

519. — En el primer caso, cuando se trata de condiciones positivas, la fórmula establece que una acción es causa del resultado si, suprimida mentalmente su realización, aquél no se hubiera producido. Por ejemplo: "A" dispara un arma de fuego contra "B" y éste muere; si se suprime mentalmente (hipotéticamente) la acción de "A", "B" no moriría de esa manera y en ese momento; por tanto, la acción "A" es causa de la muerte de "B".

520. — En el segundo supuesto, el de las llamadas condiciones negativas, la fórmula prescribe un procedimiento inverso de verificación de la causalidad. Según éste, una omisión sería causa de un resultado si, supuesta mentalmente la realización de la acción omitida, aquél hubiera sido evitado. Por ejemplo: "X", que es un buen nadador y no tiene impedimento alguno para salvar a "Y", que no sabe nadar y ha caído en la parte más profunda de la piscina, no realiza el menor intento de salvarlo, por lo que "Y" muere ahogado. Si se supone mentalmente la acción de salvamento omitida por "X", "Y" no hubiera muerto, razón por la cual la omisión de "X" sería causal de la muerte de "Y".

521. — La aplicación de esta fórmula requiere tomar en cuenta ciertas advertencias. En primer lugar, es necesario *no suponer hechos no ocurridos realmente* (nexos causales hipotéticos). Por ejemplo: "A" y "B" dejan cada uno su bastón en el perchero de una taberna en la que desean beber algo; más tarde, "C" y "D" comienzan una agria disputa, en la que "C" echa mano al bastón de "A" y golpea con éste a "D" causándole heridas de consideración. Una correcta aplicación de la fórmula sería la siguiente: si "A" no hubiera dejado el bastón allí, "C" no hubiera podido golpear a "D" con él; por tanto, la acción de "A" es causa (¡lo que no significa todavía que "A" sea responsable!) de la lesión sufrida por "D", en forma equivalente a la acción de "C". Por el contrario, sería incorrecto afirmar que "A" no sería la causa toda vez que, suprimida mentalmente su acción de dejar el bastón, el resultado no desaparecería, ya que "C" hubiera tomado el bastón de "B" y producido el mismo resultado de lesiones a "D". La incorrección de esta última aplicación de la fórmula de la teoría de la condición se funda en que se supone una condición meramente hipotética (que "C" hubiera utilizado el bastón de "B").

522. — En segundo lugar, se debe tener en cuenta que, una vez puesta una condición por un sujeto, puede intervenir otro u otros. Si la intervención del tercero no es intencional, será causa del resultado la acción del que puso la primera condición tanto como la del que puso las restantes. Por ejemplo: "A" deja un arma de fuego cargada sobre una mesa; "B" toma el arma y comienza a jugar con ella; el arma se le dispara y mata a "C". Las acciones de "A" y "B" son causa del resultado de muerte de "C" porque, suprimida mentalmente cada una de ellas en forma alternativa, la muerte de "C" no se hubiera producido. Las opiniones no son unánimes, sin embargo, cuando la intervención del tercero es intencional. Los partidarios de la *"teoría de la prohibición de regreso"*[44] estiman que, si la condición ha sido puesta en forma libre y consciente por el tercero, no deben tomarse en consideración las condiciones anteriores a tal acción libre y consciente. En el ejemplo anterior, entonces, si "B" toma el arma y mata intencionalmente a "C", la acción de A no debería tomarse en cuenta desde el punto de vista causal[45].

523. — La teoría de la condición o de la equivalencia de condiciones tiene dificultades para separar, como irrelevantes, las contribuciones al hecho que están muy alejadas del momento de la acción (por ejemplo, el obrero que interviene en la fabricación del arma resultaría también causa del homicidio cometido con ella). Por ese motivo, quienes parten de esta teoría restringen luego la punibilidad a los *nexos "relevantes jurídicamente"*[46].

524. — La fórmula de la teoría de la condición, es decir, la fórmula de la supresión hipotética de la acción, es en realidad engañosa. En verdad, sólo es posible saber si con la supresión hipotética de la acción desaparecería el resultado, si se conoce ya de antemano la causalidad. En otras palabras, para responder a la pregunta de si el resultado no habría tenido lugar en caso de suprimirse mentalmente la

[44] Frank, *Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich*, p. 16 y siguientes.

[45] En contra de esta distinción y consecuentemente de la teoría de la prohibición de regreso: Jescheck, *Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil*, p. 465.

[46] Mezger, *Strafrecht, ein Lehrbuch*, 3ª ed., 1949, p. 122 y ss.; Jiménez de Asúa, *Tratado de derecho penal. Parte general*, 3ª ed., 1965, t. III, nº 1095 y siguientes.

acción realizada es preciso saber previamente si la acción ha causado el resultado. Quien no sepa que el disparo de un arma de fuego puede producir la muerte de una persona no puede saber tampoco si, al suprimirse mentalmente la acción de disparar, el resultado no se habría producido. La fórmula de la teoría de la condición, por lo tanto, no resulta apta para investigar la existencia de la causalidad.

525. — Por esta razón, en la actualidad las preferencias se inclinan por la llamada teoría de la ley de la causalidad natural. Según ella, la causalidad de una acción respecto del resultado depende de que la conexión de ambos esté respaldada por la existencia de una ley causal natural general, de la que el caso concreto sea una expresión particular. Ambos problemas deben mantenerse estrictamente independientes uno del otro. Debe afirmarse en primer término una ley causal natural general (por ejemplo, que las heridas en el cuerpo bajo ciertas condiciones producen infecciones, que a su vez pueden conducir a la muerte de la víctima) y luego que el caso que se juzga se subsume bajo ella (por ejemplo, que la víctima haya sido herida y que la herida haya producido la muerte). Cuando se dice "ley causal natural" quiere significarse que se ha comprobado un número estadísticamente representativo de casos en los que se repite el mismo resultado y que permite, en consecuencia, suponer una relación causal general.

526. — La cuestión referente a la existencia de esta ley causal natural no es susceptible de ser apreciada "según la conciencia" del tribunal (art. 741, *LECr.*), sino que requiere una constatación pericial fundada en conocimientos especializados.

527. — El Tribunal Supremo en su sentencia del 23/4/92 (caso del "síndrome tóxico" o del envenenamiento masivo con aceite de colza desnaturalizado) ha discutido las diferentes posiciones que existen respecto de la significación normativa de la ley natural de causalidad. En ella (fundamento jurídico 1°) se ha establecido que "existe una ley natural de causalidad cuando, comprobado un hecho en un número muy considerable de casos similares, sea posible descartar que el suceso haya sido producido por otras causas". Al mismo tiempo, el Tribunal Supremo tomó distancia respecto del punto de vista

sostenido anteriormente en la *STS* 693/86, del 12/5/86, en la que, a propósito de los allí llamados "cursos causales no verificables", se afirmaba que la "demostración propia del derecho "es distinta de la científico-natural en tanto no supone una certeza matemática y una verificabilidad excluyente de la posibilidad de lo contrario, sino simplemente la obtención de una certidumbre subjetiva". Asimismo el Tribunal Supremo se distanció de los criterios aplicados para la determinación de la ley natural de causalidad en la *STC* 105/83, al señalar que ésta no se podía fundamentar en el "común sentir de las gentes", y el error de concepto que subyace en esta sentencia (y en la *STS* del 29/2/83) al confundirse un problema de motivación con una cuestión de causalidad material[47].

528. — Resulta conveniente transcribir parcialmente el fundamento jurídico primero de la *STS* del 23/4/92 en el que —como se dijo— se exponen las razones de la decisión de una manera detallada:

> c) El recurrente ha sido condenado por "un delito de imprudencia temeraria profesional del artículo 565, en relación con los artículos 407, 420, 422 y 528" (fundamento jurídico 3.1 de la sentencia recurrida). Tanto el homicidio como las lesiones imprudentes requieren que la acción haya producido causalmente los resultados de muerte o de lesiones. La doctrina y la jurisprudencia coinciden ampliamente en la actualidad en establecer que la relación de causalidad se debe admitir sólo si se ha comprobado una ley causal natural y el hecho concreto se puede subsumir bajo esta ley causal natural. No falta en este sentido un difundido punto de vista según el cual los delitos de resultado comportan una especie de "leyes penales en blanco" que se deben completar con otra "ley", la ley natural de causalidad. Por tanto, la comprobación de una ley natural de esta clase sería presupuesto de la aplicación de la ley penal.
>
> La exigencia de la causalidad natural no se ve afectada por la teoría de la imputación objetiva a la que con frecuencia ha recurrido la jurisprudencia, pues los criterios que proporciona esta teoría no reemplazan, sino que limitan la causalidad jurídico-penalmente relevante.
>
> Cualquiera que sea el punto de vista que se profese sobre el significado dogmático de la exigencia de la causalidad, lo cierto es que tanto la doc-

[47] Sobre estas cuestiones ver: Torío López, en "Anuario de Derecho Civil y Ciencias Penales", t. XXXVI, 1989, p. 489 y ss.; de la Cuesta Aguado, *Causalidad de los delitos contra el medio ambiente*, 1995; Gómez Benítez, *Causalidad, imputación y cualificación por el resultado*, 1988.

trina como la jurisprudencia en Europa se han tenido que plantear la cuestión de las condiciones bajo las cuales los tribunales pueden tener por probada la relación de causalidad. En particular, el tema adquiere especial significación en los casos en los cuales la existencia de una ley causal natural no es aceptada de una manera general por los científicos. Dicho con palabras de uno de los autores de mayor peso en esta materia: "¿Conduce el *non liquet* de las ciencias naturales a la libertad del juez para afirmar o negar la existencia de una ley natural?".
Las respuestas a esta cuestión son diversas.

aa) Por un lado, se sostiene que la certeza subjetiva del juez no puede reemplazar el reconocimiento general del que carece una determinada proposición científica entre los especialistas. Por tanto, las proposiciones generales de las ciencias naturales sólo pueden fundamentar una decisión cuando gozan de un reconocimiento general entre los especialistas. Una distinción entre "prueba jurídico-penal" y "prueba científico-natural" de la causalidad no sería procedente según este punto de vista. En consecuencia, la formación de la convicción de los jueces se debería limitar a la cuestión del reconocimiento de afirmaciones empírico-científicas. Desde esta perspectiva, la "causación" resulta ser un elemento típico que integra en la norma jurídica las leyes causales, razón por la cual éstas pertenecen, en el silogismo clásico de la subsunción, a la premisa mayor, bajo la cual se debe subsumir, elemento por elemento, el hecho concreto, es decir, la premisa menor. De allí se deduce que la existencia de la ley causal natural debe ser "objetivamente segura", dado que de lo contrario nada se podría subsumir bajo la misma. Consecuentemente, en este contexto *non liquet* significa que no existe una ley causal reconocida bajo la que se pueda practicar la subsunción. En opinión de quienes defienden este criterio, de todos modos, son aplicables las "leyes causales incompletas", entendiendo por tales aquellas en las que está experimentalmente demostrado que un determinado factor produce una determinada consecuencia bajo ciertas circunstancias, pero éstas no son conocidas en su totalidad. Sin embargo, se postula que la estadística no constituye una prueba suficiente de una ley causal abstracta. En todo caso, el resultado último de estas consideraciones, "la ley natural temporal, se sustrae a la formación de la convicción judicial".

bb) La cuestión de la diversidad de opiniones entre los especialistas ha sido analizada también desde otro punto de vista que rechaza la explicación normológica que se acaba de exponer. En este sentido se afirma, en primer lugar, que si las leyes naturales de causalidad fueran elementos del tipo penal, no se podría explicar por qué razón los jueces deberían remitirse a la opinión de peritos, dado que —como elementos de una forma jurídica— se trataría de componentes normativos sometidos al principio *iura novit curia*.

De todos modos, quienes siguen este punto de vista no llegan a una consecuencia práctica diversa. También aquí los jueces carecerían de la facultad procesal de establecer cuál es el dictamen de mayor plausibilidad, pues carecerían de los conocimientos necesarios para hacerlo. La decisión judicial en una situación semejante privaría a la sentencia de aceptabilidad, pues la cuestión de la causalidad habría sido decidida sin los conocimientos necesarios. En tales casos, por tanto, el Tribunal sólo podría aplicar el principio *in dubio pro reo*.

cc) La tesis, que postula una limitación de la decisión judicial sobre los hechos cuando existen discrepancias entre los peritos sobre la existencia de una ley general de causalidad, ha sido contestada en los últimos tiempos desde distintas perspectivas, tanto teóricas como prácticas. Por un lado, se ha sostenido que "el apartamiento de la opinión de unos peritos y la aceptación de otros depende de que el Tribunal haya tenido razones plausibles para no tomar en cuenta a ciertos especialistas", aunque se estima difícil que tales razones puedan aparecer en el "ámbito nuclear de las ciencias naturales".

Por otra parte, se sostiene que los tipos de resultado de lesión no están constituidos por proposiciones sobre la causalidad y que éstas no son requisitos típicos. Lo que estos tipos penales requieren es la causalidad misma en el caso concreto. De acuerdo con ello, la causalidad, como tal, es el objeto tanto de la prueba como de la convicción del Tribunal. Por tanto, los jueces podrán admitir determinadas proposiciones sobre la causalidad en la medida en que su convicción sobre las mismas se mantenga dentro de los límites que se han establecido para la formación de la convicción en conciencia. Cuando en el proceso no se ha podido alcanzar por los peritos un consenso, pero no obstante ello el Tribunal tiene la convicción de la existencia de la causalidad, es indudable, se afirma, que no se puede suponer una vulneración del principio *in dubio pro reo*, pues éste sólo exige que el juez no haya tenido dudas. Consecuentemente, si el Tribunal no tiene dudas será libre de aceptar la causalidad, sobre la que los peritos no han logrado aunar sus opiniones, en la medida en que ello no implique apartarse de conocimientos científicos o principios generales de la experiencia. Naturalmente que si no existe una tesis reconocida como válida por los especialistas será indudable que el juez que admita la causalidad en el caso concreto no habrá ignorado conocimientos científicos reconocidos ni principios generales de la experiencia. La aceptación de la causalidad dependerá, en realidad, de la mayor o menor capacidad explicativa que tengan las diferentes propuestas de los especialistas, es decir, de estándares que pueden diferir en las ciencias naturales y en el proceso penal, aun cuando, de todos modos, no se considera adecuada una distinción entre "prueba científico-natural" y "conocimiento de las ciencias del espíritu". Cuando —se concluye— la diferencia de opiniones entre el Tribunal y los peritos no tiene fundamentos empíricos, sino que

radica en la utilización de distintos criterios respecto de lo adecuado de un tipo de explicación, el juez que admite una determinada explicación causal según sus criterios no decide sobre cuestiones para las que carece de conocimientos específicos.

dd) En términos generales, un estudio comparado de la jurisprudencia europea permite afirmar que los tribunales han seguido criterios similares a los expuestos en el último párrafo.

Prácticamente en todos los casos conocidos de caracteres similares al que aquí se debe resolver los tribunales se han encontrado con el problema de las dificultades de determinación de los mecanismos causales y de la sustancia que en concreto produjo el resultado típico.

En este sentido se percibe, en los aproximadamente veinte años que han transcurrido desde la aparición de esta problemática, un cierto acercamiento entre los puntos de vista defendidos en la teoría y los sostenidos por los tribunales. Inicialmente la jurisprudencia distinguió radicalmente entre la prueba "en sentido jurídico" y la llamada prueba en el sentido de las ciencias naturales, que presupone un conocimiento de certeza matemática, excluyente de toda posibilidad contraria, es decir, un conocimiento absolutamente seguro. La única prueba decisiva en materia jurídico-penal —se dijo— se tendrá por acreditada cuando el Tribunal, según el contenido del juicio oral, tenga completa convicción respecto de ella. De acuerdo con este criterio se entendió que la prueba de la causalidad en el proceso penal se rige por los principios del conocimiento propio de las ciencias del espíritu, razón por la cual se apoya "en el peso del juicio sobre el contexto general del suceso obtenido ponderando los elementos fundamentales" (confr. *Landgericht Aachen* —Tribunal de Aquisgrán—, auto de 18 de diciembre de 1970, "caso Contergan").

Sobre estas bases, el Tribunal de Aquisgrán concluyó que "para la prueba de la causalidad carece de influencia que el mecanismo causal de la thalidomida (...) en particular no sea conocido".

La diferenciación de una prueba científico-natural y una prueba jurídico-penal, sin embargo, chocó con un rechazo generalizado de parte de la doctrina. En la actualidad esta fundamentación no resulta apoyada por el consenso científico, pero ello no ha significado la puesta en duda de la tesis fundamental en referencia a lo innecesario de aclarar el mecanismo causal preciso. En este sentido, el Tribunal Supremo alemán *(BGH)* ha sostenido en una reciente sentencia de 6 de julio de 1990, confirmatoria en este aspecto de una decisión del *Landgericht Mainz* —Tribunal de Maguncia— (caso "Erdal" o "Lederspray"), que "si se ha comprobado de una manera jurídicamente inobjetable que la composición del contenido de un producto —aunque no sea posible una mayor aclaración— es causante de los daños, no será requisito para la prueba de la causalidad que además se compruebe por qué dicho producto pudo ser causal de los daños, es decir, cuál ha sido, según un análisis y los conocimientos científi-

co-naturales, el fundamento último de esa causalidad". Sin embargo, se ha exigido que, en el caso en el que no se pueda determinar de esta manera, o sea, de acuerdo con métodos y conocimientos científico-naturales, el desarrollo del mecanismo causal, los tribunales "tendrán que haber podido excluir toda otra causa del daño que entre en consideración mediante una ponderación de la prueba jurídicamente inobjetable".
Desde esta perspectiva "el nexo causal entre la composición de un producto y el daño a la salud de sus consumidores se debe considerar comprobado de manera jurídicamente inobjetable, aunque quede abierta la cuestión de cuál es la sustancia que ha desencadenado los daños, siempre y cuando quepa excluir otras causas de éstos que entren en consideración".

ee) La jurisprudencia de esta Sala ha hecho referencia también a la cuestión de la prueba de los llamados "cursos causales no verificables" (no susceptibles de demostración científico-natural) en la *STS* del 12 de mayo de 1986 (n° 693/86). En este pronunciamiento la Sala ha sostenido que "la demostración propia del derecho" es "distinta de la científico-natural en tanto no supone una certeza matemática y una verificabilidad excluyente de la posibilidad de lo contrario, sino simplemente la obtención de una certidumbre subjetiva". Pero precisando este punto de vista sostuvo la Sala que "en todo caso se requiere una actividad probatoria que conduzca racionalmente a dar por ciertos unos hechos determinados (...) que no sean simples sospechas o datos de los que no se desprenda otra cosa que vicios o apariencias más o menos acusadoras de que una persona ha cometido un delito". Por tanto, habrá que admitir la prueba cuando se haya logrado "la obtención de la nota de probabilidad propia de las ciencias del espíritu, con deducción que se muestre (...) como la racional y las relaciones de causalidad de estructuras sencillas y cotidianas respecto de las que existe un importante material empírico conocido por la generalidad de las personas (por ejemplo, relación de causalidad entre el hematoma producido y la acción de golpear a otro con los puños), constituyen una materia que los tribunales pueden apreciar sobre la base de los principios de la experiencia, según las reglas habituales en materia de prueba". Tal ha sido el caso en la *STS* del 12 de mayo de 1986, en la que la relación de causalidad se refiere al nexo existente entre la acción de prender fuego a pocos metros de un bosque y el incendio provocado en el mismo.
Distinta es la cuestión en la *STS* del 29/2/83 y en la *STC* 105/83. En ellas se trata, en verdad, de un problema ajeno a la causalidad natural, pues se discute la relación existente entre las publicaciones de un periodista y las motivaciones que la conducta de éste pudo haber generado en sus lectores. Es evidente que este último supuesto no puede ser considerado dentro de la problemática de la relación de causalidad, pues ésta se refiere a las relaciones que explican los fenómenos del mundo físico, propias de los objetos, pero en modo alguno, a los efectos motivadores de las conductas de unas personas sobre otras que obran libremente. Sólo dándole a la

causalidad una extensión extraordinariamente amplia es posible hablar en tales circunstancias de un nexo causal natural (cfr. *STS* del 30/9/91, rec. nº 6154/88). Tal amplitud, sin embargo, no resulta plausible, pues importa una generalización de fenómenos y situaciones que no parece adecuado tratar con idénticos criterios. Por ello, en estos casos es preferible hacer referencia a relaciones de motivación (cfr. *STS* del 30/9/91, rec. nº 1645/89). Consecuentemente, dada la diferencia esencial entre las cuestiones tratadas en la *STC* 105/83 y en la *STS* del 29/1/83 y las que se plantean en el marco de la causalidad, resulta claro que los principios que éstas establecen respecto de la prueba no se deben extender a los supuestos de la causalidad en sentido estricto.

El problema, de todos modos, adquiere otra dimensión cuando el tribunal debe resolver la prueba de nexos causales complicados, respecto de los que, en principio, son insuficientes los conocimientos empíricos generales y se requieren conocimientos especiales que el tribunal no puede adquirir por sí mismo. En casos de estas características se requerirá la ayuda de peritos en la materia. Pero no es difícil que en tales casos las opiniones de los científicos difieran considerablemente, sobre todo porque no existe un consenso científico total sobre el concepto de ley causal natural ni sobre las condiciones de su formulación. En las ciencias naturales se puede comprobar la existencia de opiniones muy diversas que llegan incluso a afirmar que no es en modo alguno claro, dentro de su propio ámbito, cómo se decide cuándo se está ante una ley natural y cuándo no. Por tanto, sin un concepto de "ley natural" y de "ley general de causalidad" no será posible resolver el problema planteado. Este concepto de ley natural de causalidad abstracta debe completar el tipo penal de los delitos de resultado, pues bajo dicho concepto abstracto de ley causal natural se deberá subsumir la ley causal concreta postulada por los científicos, y a través de ésta, la causalidad del caso concreto. De todo lo anterior, es posible deducir que en el marco de las ciencias naturales la cuestión de cuáles son los mínimos requeridos para que una sucesión temporal y reiterada de hechos similares pueda ser considerada como una ley causal natural es una cuestión normativa sobre la que no existe unanimidad. La determinación del concepto de ley natural que integra el tipo penal, en consecuencia, requiere una operación hermenéutica.

La existencia de una ley causal natural en general, es decir, las condiciones que se deben dar para su formulación aceptable, depende de las exigencias bajo las que sea posible excluir una atribución arbitraria del resultado de la acción del autor.

A estos efectos se debe distinguir entre la cientificidad natural de los datos y la cuestión normativa de las condiciones bajo las cuales es posible admitir que la ley causal ha sido correctamente formulada. Si se admite que los tipos penales de los delitos de resultado constituyen una especie de "ley en blanco" que se debe completar con la opinión de los especialis-

tas de un determinado ámbito científico, será preciso admitir que, al menos respecto de la cuestión normativa implícita en la ley natural de causalidad, no es posible excluir la tarea interpretativa de los tribunales como una auténtica cuestión de derecho, dado que este aspecto normativo admite muy diversas determinaciones en las ciencias naturales.

En la doctrina este punto de vista ha sido, sin embargo, cuestionado afirmando que de la conexión de la ley causal con la norma jurídica surge que ésta se sustrae a una disponibilidad según la convicción subjetiva, dado que "su existencia tiene que ser objetivamente cierta, pues de lo contrario nada se podría subsumir bajo ella". Pero, en realidad, no se trata de una cuestión de pura convicción en conciencia, sino de una tarea hermenéutica en la que se debe establecer fundadamente qué exigencias debe cumplir una conexión para ser considerada causal. Por otra parte, este criterio presupone que el concepto de la ley causal natural, como tal, es único, cognoscible y cierto. Por el contrario, la realidad de las ciencias naturales demuestra que ello no es así. Más aún: en la medida en que el elemento genético del antecedente causal no se puede percibir sensorialmente, empíricamente sólo es posible establecer correlaciones de sucesos. Si esta conexión es o no causal depende de las condiciones que se establezcan como presupuesto de tal afirmación. Por tanto, "explicar un suceso como causal significa deducir de leyes y condiciones marginales (causas) una proposición" en la que esto se exprese, pero ello presupone establecer cuándo una correlación permite creer en una "ley" de causalidad. Esta situación posibilita, inclusive, que se formulen con indudable seriedad científica tesis según las cuales "la causalidad es algo inaccesible al conocimiento humano" o que afirman que "la idea de causalidad estricta se debe abandonar y las leyes de la probabilidad deben pasar a tomar el lugar que alguna vez ocupó la causalidad". En los nexos causales de cierta complejidad siempre existe la posibilidad de aumentar las exigencias de los presupuestos de formulación de una ley causal natural hasta límites que prácticamente hagan imposible superar el *non liquet*.

En este contexto *se debe considerar que existe una ley causal natural* cuando, comprobado un hecho en un número muy considerable de casos similares, sea posible descartar que el suceso haya sido producido por otras causas. Tales condiciones son suficientes para garantizar una decisión racional del caso desde el punto de vista del derecho penal.

Por el contrario, resultan criterios claramente insuficientes el "común sentir" de las gentes (*STC* 105/83) o la simple "posibilidad científico natural del nexo causal" postulada aisladamente en la doctrina. Es indudable que los sentimientos, por generales que sean, no constituyen una fuente de racionalidad aceptable, así como que la "posibilidad científico-natural" es un concepto que nada puede aportar a la solución del problema planteado, dado que no explica cuáles son las condiciones de la posibilidad, ni qué se debe entender por "posibilidad científico-natural".

e) En el caso que ahora se juzga la afirmación de la relación causal por parte de la Audiencia satisface aquellos requisitos, pues permite descartar que los resultados típicos hayan sido producidos por otras causas diversas de la acción del recurrente.

aa) La Audiencia ha podido comprobar mediante la prueba pericial un número importante de casos de caracteres similares: 330 muertos y más de 15.000 afectados en los que ha sido posible constatar la similitud de síntomas y la ingestión del aceite. La Audiencia ha entendido (cfr. fundamentos jurídicos 2.3.1) que estos hechos han quedado acreditados en el proceso por las declaraciones testificales. La objeción del recurrente respecto de esta prueba no puede prosperar en el marco de la casación, toda vez que su valoración se apoya en la percepción directa de los testimonios que sólo permite la inmediación. En numerosos precedentes esta Sala ha establecido que no puede juzgar la credibilidad de la prueba testifical que no ha visto con sus ojos ni oído con sus oídos y sobre la que sólo existen constancias en las actas del proceso.

bb) Esta comprobación, por otra parte, ha sido obtenida mediante prueba pericial que, en lo referente a la correlación existente entre el antecedente de la ingestión y las consecuencias de la muerte o las lesiones, no ha sido puesta en duda. En todo caso, los peritos que han negado la relación de causalidad no han cuestionado, en general, la correlación misma. Pero, además, si se prescinde de alguna hipótesis aislada que el recurrente no defiende como alternativa cierta, no han podido proponer ninguna causa alternativa que explique razonablemente el suceso. Por el contrario, en verdad, la discusión gira en torno a las condiciones de la ley de causalidad natural abstracta, que algunos peritos conciben de una manera extremadamente rigurosa y sobre la base de exigencias que quizá difícilmente cumplirían la mayoría de las leyes causales aceptadas. El cuestionamiento del recurrente, por el contrario, considera que dicha correlación es insuficiente para demostrar la existencia de una ley causal natural, dado que no se ha podido demostrar la existencia de ninguna "molécula con significación toxicológica" y los resultados de las experimentaciones realizadas han sido negativos. Ambas exigencias son, en realidad, sólo dos maneras diferentes de expresar la misma idea, según la cual no existe causalidad mientras no se conozca el mecanismo causal. Pero ninguna de estas objeciones es decisiva. Para la determinación de una ley causal natural, al menos en el sentido del derecho penal (es decir, en la premisa mayor del silogismo), no es necesario —como se dijo— que se haya podido conocer el mecanismo preciso de la producción del resultado (en este caso la toxina que ha producido los resultados típicos) en tanto se haya comprobado una correlación o asociación de los sucesos relevantes y sea posible descartar otras causas que hayan podido producir el mismo.

Tampoco la reproducción experimental del fenómeno es decisiva cuando existen comprobaciones cuya fuerza de convicción no puede ser conmovida por la sospecha de otras causas posibles del resultado. Por otra parte, en este caso no sólo se ha verificado la producción de numerosos sucesos similares con resultados básicamente semejantes. Se ha podido comprobar, además, que la interrupción del envío del aceite al mercado ha coincidido con la desaparición de casos de síndrome tóxico. El valor experimental del crecido número de casos ocurridos y la significativa coincidencia de la supresión real del aceite de consumo con la no reproducción de los síntomas y las lesiones en nuevos casos, por tanto, refuerza de una manera esencial la exclusión de toda sospecha respecto de otras posibles causas.

La tesis defendida por el recurrente, al exigir el descubrimiento de la "molécula de significación toxicológica" y la reproducción experimental del fenómeno, se basa en exigencias propias de especialidades científicas cuyo principal interés es la reproducción de los fenómenos, con miras a su utilización práctica, y no simplemente la causalidad. Si lo que un científico natural persigue como interés fundamental de su investigación es la reproducción del fenómeno, pues ello es condición esencial de la utilización práctica del conocimiento expresado en la "ley natural de causalidad", es indudable que sólo encontrará una explicación satisfactoria con el conocimiento detallado del mecanismo causal. Ello demuestra que, en realidad, ninguna de las dos exigencias son esenciales para una demostración de la causalidad (requerida por una aplicación no arbitraria de la ley penal) entre la acción de introducir en el consumo un determinado producto y el resultado que su ingestión ha tenido para las personas.

Naturalmente, si fuera posible la identificación de la molécula y la reproducción experimental del fenómeno tendríamos una prueba última del mecanismo causal. Pero ni siquiera en todas las concepciones existentes en las ciencias naturales sobre las condiciones conceptuales de las leyes naturales la existencia de éstas depende de la posibilidad de su utilización como fundamento de la predicción del resultado de los experimentos. Tal utilización de los conocimientos en la predicción de sucesos futuros, probablemente, no sea la única posibilidad de alcanzar una "explicación satisfactoria" de la realidad empírica. Por lo pronto, como es sabido, en la epistemología de estas ciencias es por lo menos discutible que la simple repetición de la percepción de un fenómeno pueda ser el único fundamento de la formulación de una ley natural de causalidad. Así lo reconoce el propio recurrente cuando afirma que las asociaciones de fenómenos comprobados no tienen suficiente fuerza de convicción. Los criterios de los que se deriva esta fuerza de convicción, como es claro, no se "leen"en la repetición percibida de los fenómenos. Por ello, indudablemente, se ha podido afirmar en la ciencia del derecho penal que la exigencia de fundamentar la legalidad causal de la sucesión de los fenómenos

"en los hechos" requiere "que éstos no sólo se den como adecuados a la percepción, sino como adecuados a la experiencia".
La sola repetición experimental, por otra parte, no puede proporcionar todos los casos posibles en el tiempo y, fundamentalmente, sólo puede proporcionar una "repetición aproximativa" o "más o menos similar", como han hecho notar autores de gran significación en la materia. La pretensión del recurrente, por tanto, de hacer depender la existencia de una ley natural de causalidad del resultado de experimentos basados en la repetición, en circunstancias diversas de las de los casos que dieron lugar a este proceso, no aparece como una exigencia adecuada para conmover la fuerza explicativa de las correlaciones comprobadas y la ausencia de otras causas que hayan producido el resultado.

529. — En la doctrina se han expresado algunas reservas respecto de la *STS* del 23/4/92, aunque sin ver "inconvenientes en aceptar esta tesis" para la determinación de la causalidad[48]. Las reservas se refieren en realidad más que a la causalidad y su determinación, a la atribución de responsabilidad por el resultado realizada en la sentencia. Las razones expuestas para esta crítica, de todos modos, no son claras, pero, en todo caso, parece que se refieren al problema de la aplicación del art. 348 del Cód. Penal de 1973 y que carecen de generalidad.

II — La teoría de la causalidad adecuada

530. — El intento más difundido de neutralizar la amplitud de los resultados a que conduce la aplicación estricta de la teoría de la *conditio sine qua non* es la teoría de la causalidad adecuada. Para ella no toda condición es causa, en el sentido del derecho penal, sino solamente aquellas que, de acuerdo con la experiencia general, habitualmente producen el resultado. Por ejemplo: una dosis de arsénico es causa del resultado de muerte porque, habitualmente y según la experiencia general, tal dosis de arsénico causa la muerte. Por el contrario, una bofetada no es adecuada para producir el resultado de muerte; si como consecuencia de ella se deriva la muerte de la víctima porque ésta es hemofílica y la bofetada produjo una pérdida de

[48] Así, Muñoz Conde, en Hassemer - Muñoz Conde, *La responsabilidad por el producto en derecho penal*, 1995, p. 93 y siguientes.

sangre de efecto letal, este resultado no podría considerarse, según la teoría de la causalidad adecuada, como causado por aquélla. La teoría de la equivalencia de las condiciones admitiría la relación causal inclusive en el caso del hemofílico que acabamos de considerar. Con el criterio de que sólo son causas las que habitualmente producen el resultado según la experiencia general, la acción de dar la bofetada sólo es causa de lesiones, pero no del resultado de muerte.

531. — La teoría de la causalidad adecuada es criticable primeramente porque, para juzgar sobre la adecuación de la causa, parte del conocimiento general. Por lo tanto, cuando el conocimiento del sujeto concreto es más amplio que el conocimiento general (por ejemplo, un químico que ha descubierto propiedades de una sustancia que no son generalmente conocidas) debería negarse la causalidad.

532. — Sin embargo, la teoría de la causalidad adecuada puede responder a esta crítica admitiendo la relevancia del conocimiento *ex ante* de la situación por parte del autor. Tal es el caso cuando se toma en cuenta la posesión por el sujeto de la acción de conocimientos especiales sobre una cierta materia, que no pertenecen a la generalidad. Por ejemplo: una bofetada sería causalmente adecuada para producir la muerte si el autor supiera que el agredido es hemofílico.

533. — Pero, de todos modos, la teoría de la adecuación no puede superar otras críticas que son suficientes para invalidarla. Ante todo, a partir de su premisa básica, según la cual la condición de causa depende de nuestra experiencia, de la experiencia general, no es posible eliminar los nexos causales no adecuados, dado que según dicha experiencia general los resultados son también producidos por nexos causales inadecuados: se sabe que bajo ciertas circunstancias también una bofetada o un grito pueden producir la muerte de otro. En consecuencia, la teoría de la causalidad adecuada no debería conducir a soluciones más limitadas que la teoría de la condición.

III — La teoría de la relevancia típica

534. — La corrección de la causalidad natural para adaptarla a las necesidades del derecho penal fue intentada por la llamada teoría de

la relevancia. De acuerdo con ella, una vez comprobada la causalidad natural es preciso verificar la relevancia típica de dicho nexo causal a partir de "una correcta interpretación del tipo penal"[49]. "Sólo cuando la causalidad y la relevancia están comprobadas, es decir, cuando consta la tipicidad de la acción, puede plantearse la cuestión de la culpabilidad por el resultado"[50].

535. — Esta teoría es correcta en su punto de partida, en tanto propone reemplazar la causalidad por la imputación objetiva a los efectos de verificar la tipicidad en los delitos de resultado, es decir, en tanto propone decidir la vinculación entre la acción y el resultado sobre la base de criterios de imputación que se derivan del concepto de ilícito (injusto) penal. El desarrollo de estos criterios, sin embargo, es de muy reciente elaboración y da lugar a la teoría de la imputación objetiva.

3 — La imputación objetiva

536. — Esta teoría, que tiende a imponerse ampliamente en la actualidad, reconoce sus orígenes —como acaba de verse— en la teoría de la relevancia. Su punto de partida es el reemplazo de la relación de causalidad, como único fundamento de la relación entre la acción y el resultado, por otra relación elaborada sobre la base de consideraciones jurídicas y no naturales. En este marco la verificación de la causalidad natural será un límite mínimo, pero no suficiente para la atribución del resultado.

Por lo tanto: comprobada ya la causalidad natural, la imputación del resultado requiere además verificar:

1. Si la acción del autor ha creado un peligro jurídicamente desaprobado para la producción del resultado;
2. Si el resultado producido por dicha acción es la realización del mismo peligro —jurídicamente desaprobado— creado por la acción.

[49] Mezger, *Strafrecht, ein Lehrbuch*, 3ª ed., 1949, p. 124.
[50] Mezger, *Strafrecht, ein Lehrbuch*, 3ª ed., 1949, p. 126.

537. — Ambos juicios son deducidos de la función del derecho penal. Este sólo tiene por objeto acciones que crean para el bien jurídico un riesgo mayor que el autorizado y la producción de un resultado que se hubiera podido evitar. De ello se pueden deducir criterios que permiten eliminar, ya en el nivel de la tipicidad, comportamientos que son irrelevantes para el derecho penal.

538. — Como es claro, no toda creación de un riesgo del resultado puede ser objeto de una prohibición del derecho penal, pues ello significaría una *limitación intolerable de la libertad de acción*[51]. Por ello existen *riesgos permitidos*, que excluyen la tipicidad de la conducta que los crea, aunque de ellos se pueda derivar un resultado típico. Por ejemplo: el que conduce un coche dentro de los límites de velocidad y con respeto de las demás reglas del tráfico crea un peligro, pero permitido. Si como consecuencia de ello, porque un peatón inesperadamente se cruza por un lugar no autorizado, éste resulta con lesiones (resultado del delito del art. 147, Cód. Penal), no habrá dudas de que se ha causado el resultado, pues si el conductor no hubiera circulado por ese lugar, no se habría producido el mismo, pero ese resultado no será objetivamente imputable. La suposición de que el riesgo permitido sólo podría operar como una causa de justificación, implícita en la tesis de quienes piensan que el riesgo permitido no excluye la imputación objetiva[52], implica una extensión del tipo penal de una manera intolerable para la libertad.

539. — Lo mismo ocurre con la *realización del riesgo* en el resultado producido, que no se debe confundir con el nexo causal, pues se trata de una exigencia adicional a la causalidad, de acuerdo con la cual "en el resultado se debe actualizar aquel riesgo que es la razón de la prohibición de la conducta"[53].

[51] Frisch, *Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs*, 1988, p. 72 y siguientes.

[52] Así, Luzón Peña, *Curso de derecho penal*, 1996, t. I, p. 382.

[53] Frisch, *Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs*, 1988, p. 55; en igual sentido: Corcoy Bidasolo, *El delito imprudente*, 1989, p. 379 y ss.; Martínez Escamilla, *La imputación objetiva del resultado*, 1992, p. 165 y siguientes.

540. — Los principios de la imputación objetiva surgen —como se dijo— en primer lugar del *fin del derecho penal*, de garantizar espectativas normativas. De aquí se deduce que las *conductas socialmente adecuadas*, es decir, que se desarrollan dentro del orden social, no pueden ser alcanzadas por el tipo penal o, con otras palabras, nunca serán típicas. Del fin del derecho penal se deducen especialmente los criterios del *riesgo permitido*, el *principio de confianza*, la *prohibición de regreso* y la *comisión en posición de garante*. La otra fuente de los principios de la imputación objetiva concierne a la realización del riesgo creado por la acción en el resultado producido y proviene de la *estructura de los tipos de resultado*, que requieren que sólo el resultado que sea la concreción del peligro creado por la acción dé lugar a la consumación del delito[54].

541. — En todo caso es necesario subrayar que la secuencia de la comprobación de la imputación objetiva requiere que en primer lugar se establezca una relación de causalidad entre un resultado típico (por ejemplo, interrupción del estado de embarazo, en el delito de aborto del art. 144, Cód. Penal) y una determinada acción. A continuación se debe verificar *1°*) si esta acción *en el momento de su ejecución* constituía un peligro jurídicamente desaprobado (si era socialmente inadecuada) y *2°*) si ese peligro es el que se ha realizado en el resultado típico producido.

I — El riesgo permitido

542. — La imputación objetiva se excluye cuando la acción que causalmente ha producido el resultado no supera los límites del riesgo permitido. Ello significa que tales acciones *no son típicas*. Riesgos que una sociedad tolera porque los considera necesarios para su desarrollo social no pueden ser alcanzados por la tipicidad, que implica un primer elemento que caracteriza una perturbación intolerable

[54] Jakobs, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 2ª ed., 1991, n° 7/4, *b*; Reyes, *Imputación objetiva*, 1994, p. 50 y ss.; López Díaz, *Introducción a la imputación objetiva*, 1996; Montealegre Lynett, *La culpa en la actividad médica (Imputación objetiva y deber de cuidado)*, 1988.

del orden social. La instalación de un reactor atómico conlleva serios riesgos, pero en modo alguno puede ser considerada una acción típica, dado que la sociedad (a pesar de todas las polémicas al respecto) las considera necesarias para su desarrollo[55].

543. — El riesgo permitido puede ser una consecuencia de las ventajas que de todos modos produce, aunque no necesariamente. Una gran parte de los riesgos actualmente permitidos sólo tienen una legitimación tradicional, dado que no es posible asignarles un carácter realmente positivo para el desarrollo social (por ejemplo, ciertas fiestas populares que importan considerables riesgos para la vida de las personas o para los bienes, como incendios, etcétera).

544. — En ocasiones el riesgo permitido está normativamente regulado (por ejemplo, las reglas legales sobre circulación de vehículos de motor; las referidas a la seguridad en el trabajo, etcétera). Las reglas contenidas en estos reglamentos son, de todos modos, criterios orientadores para la ponderación de los límites del riesgo autorizado.

En todo caso, la determinación del riesgo permitido, cuando no existe una autorización reglamentaria expresa, proviene de una *ponderación de bienes*[56], es decir de un juicio por el cual "no sólo es calculable la magnitud del riesgo, sino también la utilidad o daño como ventaja o pérdida según criterios jurídicamente vinculantes"[57].

545. — Dentro de la problemática del riesgo permitido se deben tratar también los casos de *disminución del riesgo*[58], en los que el autor obra causalmente respecto de un resultado realmente ocurrido, pero evitando a la vez la producción de un resultado mayor. Por ejemplo: "A" desvía un vagón que, de seguir su trayectoria, podría matar a varios trabajadores; como consecuencia del desvío el vagón se es-

[55] Sobre las relaciones de riesgo permitido y la adecuación social, ver Cancio Meliá, *Los orígenes de la teoría de la adecuación social*, 1995, p. 415 y siguientes.

[56] Jakobs, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 2ª ed., 1991, nº 7/35; Martínez Escamilla, *La imputación objetiva del resultado*, 1992, p. 128 y ss.; Paredes Castañón, *El riesgo permitido en el derecho penal*, 1995, p. 415 y siguientes.

[57] Jakobs, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 2ª ed., 1991, nº 7/35.

[58] Otro punto de vista: Reyes, *Imputación objetiva*, 1994, p. 370 y siguientes.

trella contra varios coches a los que produce considerables daños. En este caso el resultado de daño no es imputable al que ha creado un riesgo menor que el originariamente amenazante.

546. — La cuestión de la exclusión de la imputación objetiva en los casos de disminución del riesgo es problemática. Fundamentalmente se hace referencia en este contexto a los casos en los que el autor conscientemente no ha reducido el riesgo todo lo que para él era posible (Por ejemplo: "X" tiene la posibilidad de evitar que "Y" sufra alguna lesión, pero, dada la poca simpatía que le tiene, *reduce el riesgo sólo en parte* para que, de todos modos, el resultado se produzca aunque resulte con una lesión más leve). En tales supuestos el autor ha omitido optimizar sus posibilidades de protección[59]. Es preciso hacer algunas distinciones. La imputación del resultado precisamente por esta omisión, cuando el autor *no es garante*, de la protección del bien jurídico, no parece la solución más adecuada, pues no existe un fundamento para exigir tal optimización. Si el autor, por el contrario, *es garante*, la solución sería diversa, dado que el deber de garantía se extiende a todos los daños que puede sufrir el bien protegido o que pueda causar la fuente de peligros que asegura. Por lo demás, en los casos en los que se imputara el resultado, de todos modos, debería operar el consentimiento presunto.

547. — El juicio sobre el carácter permitido del riesgo se debe practicar *ex-ante*, es decir, en el momento en el que el autor emprende la acción riesgosa. Este juicio será *objetivo* y, por lo tanto, *no depende del juicio del autor*.

548. — Quienes piensan que estos casos se deberían resolver en el nivel de justificación[60] se ven obligados a extender, como se dijo, el ámbito de la tipicidad hasta extremos, formalmente posibles, pero materialmente incompatibles con el derecho a la libertad.

[59] Cfr. sobre estas cuestiones Kaufmann, Armin, *Festschrift für Jescheck*, 1985, p. 251 y siguientes.

[60] Luzón Peña, *Curso de derecho penal*, 1996, t. I, p. 382.

II — El principio de confianza

549. — De acuerdo con este principio no se imputarán objetivamente los resultados producidos por quien ha obrado confiando en que otros se mantendrán dentro de los límites del peligro permitido. Por ejemplo: "A" atraviesa un cruce con el semáforo en verde, sin tomar medidas de precaución para el caso en que alguno de los que circulan en la otra dirección de cruce no respete el semáforo rojo que le cierra el paso, produciéndole la muerte en la colisión; este resultado no se imputa objetivamente por efecto del principio de confianza[61].

550. — La suposición de que el principio de confianza sólo operaría en los delitos imprudentes[62], limitando el deber de cuidado, es producto de la concepción del tipo penal ya criticada más arriba, que se satisface a los efectos de la tipicidad en los delitos de resultado con la sola causalidad de éste. A la crítica formulada se debe agregar ahora que la moderna teoría del tipo penal reconoce que también en el delito doloso se dan los elementos del delito culposo, en tanto se requiere una acción que realice un peligro jurídicamente desaprobado. Gráficamente lo dicen inclusive quienes cuestionan la teoría de la imputación objetiva de manera radical: "no hay dolo sin culpa"[63], es decir, sin infracción de un deber de cuidado o, lo que es lo mismo, no hay dolo sin la producción de un riesgo desaprobado.

551. — El principio de confianza es necesario "cuando el que confía debe responder por un desarrollo causal aunque otro sea el que mediante un conocimiento incorrecto lo ha dirigido al resultado dañoso"[64].

III — La prohibición de regreso y la posición de garante

552. — La prohibición de regreso es un criterio para limitar la imputación de un resultado a ciertos comportamientos que pueden ha-

[61] Martínez Escamilla, *La imputación objetiva del resultado*, 1992, p. 333 y ss., con reservas; Corcoy Bidasolo, *El delito imprudente*, 1989, p. 327 y siguientes.

[62] Martínez Escamilla, *La imputación objetiva del resultado*, 1992, p. 333.

[63] Marinucci, en *Studi in memoria di Pietro Nuvolone*, t. I, 1991, ps. 331 y ss. y 360.

[64] Jakobs, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 2ª ed., 1991, nº 7/52.

ber resultado causales, pero que están fuera del interés del derecho penal. Inicialmente se sostuvo que "no son causas las condiciones previas de una condición"[65]. En su versión moderna la teoría de la prohibición de regreso ya no se formula como una negación del carácter *causal* de las "precondiciones de una condición", dado que en estos casos la causalidad es innegable. Ahora se trata de excluir la imputación en aquellos casos en los que la causa (o la "precondición" en el sentido de Frank) ha sido puesta por alguien que no tiene por qué responder por el resultado que produce directamente un tercero o que es imputable a la propia víctima. Dicho con otras palabras: la imputación sólo alcanza a quien es *garante de la evitación del resultado* (se trate de un autor activo u omisivo; ver *supra*, § 44)[66].

553. — En particular, las consecuencias que surgen de este punto de vista se manifiestan en los siguientes supuestos[67]:

1. La imputación de un resultado se excluye en relación a las acciones de un autor que son causales del mismo por mediación de un tercero *que no obra conjuntamente* con el autor. Por ejemplo: el vendedor legalmente autorizado de armas que vende al autor el revólver con el cual éste mata a otro pone una condición del resultado sin la cual éste no se habría producido (por lo tanto, es causa del mismo). Sin embargo, en la medida en la que no le incumbía custodiar que los compradores de las armas, para cuya venta está autorizado, no cometan con ellos delitos, *no es garante* y no cabe la imputación del resultado directamente ocasionado por el tercero.
2. También se excluye la imputación del resultado cuando éste es *consecuencia de la conducta o de la situación de la propia víctima*. Al respecto caben varios ejemplos:
   a) Casos en los que *el autor interrumpe acciones que permitían mantener intacto un bien jurídico*, pero que no estaba jurídicamente obligado a mantener. Por ejemplo: "A" derriba,

65 Frank, *Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich*, 17ª ed., 1926, p. 16.

66 Cfr. con reservas: Frisch, *Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs*, 1988, p. 233 y siguientes.

67 Jakobs, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 2ª ed., 1991, nº 7/59 y siguientes.

con las correspondientes licencias, un muro dentro de su propiedad, que amparaba del sol a ciertas mercancías de su vecino "B"; el daño (resultado del delito del art. 263 del Cód. Penal) que el sol luego produzca sobre las mercancías no le es imputable a "A", pues no tenía obligación de impedir (manteniendo el muro) daños sobre las mercancías de "B". En todo caso el daño sería imputable al propio "B", que debía cubrirlas del sol si quería evitar los daños.

b) Casos en los que *el autor retracta una acción de salvamento* que la víctima ya podría utilizar para salvarse. En tales supuestos, el autor que retira a la víctima el salvavidas que previamente le arrojó y que ésta estaba por alcanzar, ocasionándole la muerte, respondería según los principios de los delitos activos como autor de ésta, según el art. 138 del Cód. Penal (homicidio) y no de acuerdo con el art. 195.1 de dicho cuerpo legal (omisión del socorro debido). Algunos autores para suavizar esta solución proponen aplicar las reglas de los delitos omisivos, lo que les permitiría aplicar el art. 195.1 en todos los casos en los que el agente no fuera garante (por ejemplo, *no* estuviera cubriendo la función del socorrista en una playa). Se piensa que, en realidad, sin perjuicio de la acción previa de arrojar el salvavidas, el autor sólo omitió, en última instancia, prestar auxilio en el sentido del art. 195.1. Pero esta solución, así fundamentada, es obviamente inconsistente porque el autor que retira el salvavidas realiza un comportamiento activo y no uno omisivo. Sin embargo, la extensión de la posición de garante a los delitos activos permite en estos casos llegar a la misma solución, y aplicar el art. 195.1 pues el autor no estaba obligado más que al socorro, es decir, no era garante más que del socorro, no de la vida (solución discutible que depende de la indiferencia del comportamiento activo u omisivo)[68].

c) Casos en los que *el agente incumple un deber de tolerar emergente de la situación de necesidad de un tercero.* Por ejemplo: "A" impide el uso de su coche para trasladar al hos-

[68] Jakobs, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 2ª ed., 1991, nº 7/62.

pital al enfermo "B", que no puede ser trasladado de otra manera, lo que determina una agravación de su estado. "A" realiza un comportamiento omisivo que no impide una lesión, aunque no está obligado a prestar auxilio en los términos del art. 195.1 del Cód. Penal. Sin embargo, la *posición de garante* de "A" proviene de su deber de tolerar la acción en estado de necesidad (art. 20.5°, Cód. Penal). Por lo tanto, debe responder de las lesiones (art. 147.1, Cód. Penal), aunque, en el caso concreto no se dieran las condiciones del art. 195.1 (omisión del socorro debido), que hubieran obligado a prestar ayuda[69].

d) Caso del médico que desconecta un respirador cuando ya no existe un deber de continuar el tratamiento intensivo. Aunque esta acción cause previsiblemente la muerte del paciente, este resultado no es imputable al médico, dado que en el estado del paciente ya no es indicado continuar el tratamiento (por ejemplo, porque la lesión cerebral que priva al paciente de todo contacto consciente con su mundo exterior es irreversible), su posición de garante se ha extinguido y el resultado de su comportamiento activo no le es imputable por aplicación de la prohibición de regreso.

3. La imputación del resultado se excluye cuando el peligro de su producción ha sido creado por un tercero (sin participación del agente). Por ejemplo: un terrorista instala un dispositivo explosivo que estallará cuando un vecino abra la puerta de su propio piso. Al vecino que abre la puerta —sin haber tomado la precaución de comprobar la posibilidad de que se produzca la explosión— no le es imputable el resultado, toda vez que no es garante respecto de su no producción. La cuestión tiene cierta similitud con el principio de confianza, aunque en estos casos no es el que infringe el cuidado debido el que sufre el resultado[70].

4. La imputación del resultado que es consecuencia de la pérdida de capacidad de actuar ocasionada por el propio agente (delitos

69 Jakobs, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 2ª ed., 1991, n° 7/63.
70 Jakobs, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 2ª ed., 1991, n° 7/65, *a*.

de *omisión por comisión*), sólo cabe si éste se encontraba en posición de garante de la no producción de tal resultado. Por ejemplo: el guarda de seguridad se pone en un estado de inconsciencia total ingiriendo alcohol y no puede evitar, llegado el momento, que se introduzca en la casa un terrorista que mata al dueño de la misma. La doctrina coincide en que en estos casos el autor realiza un comportamiento *activo* (ingestión del alcohol) que es una condición del resultado (si hubiera estado consciente habría podido impedir que el terrorista actuara, etcétera). Este resultado sólo será imputable si —como ocurre en este ejemplo— el agente era garante de su no producción. Diversa es la situación si el agente ingiere tanto alcohol que le impide escuchar que unos vecinos van a matar a un tercero y, por lo tanto, denunciar el hecho a las autoridades, que lo hubieran podido impedir. También aquí su acción es una condición de la muerte ejecutada por los vecinos, pero el autor no estaba en posición de garante y, consecuentemente, el resultado no le es imputable.

IV — La realización del riesgo

554. — El segundo de los niveles en el que se trata la cuestión de la imputación objetiva es el de la exigencia de que el riesgo (no permitido) creado por la acción sea el que se realiza en el resultado. Esta cuestión es problemática cuando el resultado aparece como el producto de riesgos concurrentes. Por ejemplo: "A" produce una lesión a "B"; éste es trasladado a un hospital (al que no habría ido si "A" no le hubiera lesionado) en el que muere a causa de un incendio. La muerte ¿debe ser atribuida a la lesión o al incendio? ¿cuál es el peligro que se ha realizado en este resultado en el que han concurrido el riesgo de la acción de "A" y el incendio? La experiencia demuestra que, en general, todos los sucesos obedecen a un complejo de condiciones. En el ejemplo propuesto la muerte está condicionada por la lesión sufrida, que le obliga a ir al hospital, tanto como por el incendio.

— *a* —

555. — En la realización del riesgo no se debe tomar en consideración la hipotética producción del resultado por la amenaza de otro

riesgo distinto del que inmediatamente lo provocó. Dicho de otra manera, la pérdida del bien jurídico que hipotéticamente habría tenido lugar, *si* el autor no hubiera causado el resultado, no debe ser tenida en cuenta. Por ejemplo: "A" dispara un tiro mortal sobre "B" que ya estaba herido de muerte por "C" —caso de la *STS* 666/88, de fecha 22/11/88; aunque en ella se reconoce que "no es posible determinar la precisa incidencia que en el fallecimiento (de la víctima) pudo tener el primer disparo"—. En este caso no cabría excluir la imputación sosteniendo que "B" habría muerto de todos modos, toda vez que las normas no limitan su pretensión de validez a los casos en los que el bien jurídico *no* se encuentre ya perdido[71].

De cualquier manera, en los casos en los que el bien protegido estaba irremediablemente perdido el hecho tiene la estructura de un *delito de peligro abstracto*. Ello debería conducir a la correspondiente atenuación de la pena en el momento de la individualización[72]. Tal atenuación se fundamentará en el art. 21.6ª del Cód. Penal, pues el contenido de la ilicitud será en estos casos menor.

— *b* —

556. — El riesgo no permitido no se realiza en el resultado cuando éste se produce por un riesgo general normal, es decir, de una manera sorprendente. Se trata de situaciones en las que el resultado se produce fuera del ámbito de dominio del autor. Por ejemplo: la víctima de las lesiones del ejemplo propuesto (*supra*, nº 554) que muere en el incendio del hospital. Este resultado es consecuencia de un *riesgo general normal* para todo el que se encuentra en un edificio. Esta constelación de casos se resuelve también recurriendo al *ámbito de protección de la norma*, sosteniendo que la norma sólo extiende su protección al primer resultado ocasionado[73].

[71] Jakobs, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 2ª ed., 1991, nº 7/74; Frisch, *Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs*, 1988, p. 563.

[72] En este sentido: Jakobs, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 2ª ed., 1991, nº 7/92 y siguientes.

[73] Roxin, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, § 11/68 y ss. críticamente respecto de esta terminología: Jakobs, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 2ª ed., 1991, nº 7/79; Frisch, *Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs*, 1988, p. 80 y siguientes.

— *c* —

557. — El riesgo no permitido no se realiza en el resultado cuando la víctima contribuye decisivamente a su producción por su comportamiento contrario al deber o a sus intereses. Por ejemplo: la víctima de una herida no cumple con el tratamiento para prevenir una infección y muere de septicemia. El resultado de muerte, que no se habría producido sin la causación de la herida, no es objetivamente imputable al autor de ésta, pues su *posición de garante* no se extiende al comportamiento de la víctima.

— *d* —

558. — Tampoco se realiza en el resultado el riesgo no permitido cuando se produce más tarde sobre una víctima que en el momento de la creación del riesgo no estaba amenazada. Por ejemplo: "A" atraviesa un cruce con el semáforo en rojo; quinientos metros más adelante atropella a "B" causándole lesiones, cuando conducía en forma reglamentaria. Si se hubiera detenido en el semáforo el resultado no se habría producido, pues al llegar al lugar de la colisión la víctima ya habría pasado por el lugar. Sin embargo, en el momento en el que la víctima es atropellada el riesgo jurídicamente desaprobado de cruzar con el semáforo en rojo ya se había agotado sin concretarse en resultado alguno. También en estos casos se suele recurrir a la terminología del ámbito de protección o del fin de protección de la norma.

— *e* —

559. — Existe desacuerdo sobre la solución de *casos de consecuencias tardías*. Por ejemplo: "A" produce a "B" una lesión que le ocasiona a éste la pérdida de una pierna; varios años más tarde "B" no puede huir, por la dificultad que le produce la amputación de la pierna, de unos asaltantes que lo matan. Si "A" no lo hubiera lesionado, "B" habría podido escapar y no hubiera muerto a manos de sus agresores.

560. — En estos supuestos la doctrina se divide. Por un lado se propone una solución en el marco del derecho material y se sostiene que, en estos casos, a diferencia de lo que ocurre, por ejemplo, en los riesgos de infección, el segundo resultado *no debe ser imputado al autor del primero*, pues se produce "después de haber concluido el tra-

tamiento curativo"[74]. A ello se agrega que la pena que se aplique por la primera lesión lleva en sí la retribución de los riesgos futuros que la víctima debería afrontar como consecuencia de la misma[75]. Esta última solución podría ser apoyada en el derecho español en la fuerte agravación de la pena de las lesiones que prevé el art. 150 del Cód. Penal para las lesiones que producen amputación. Sin embargo, se debe advertir que por este camino sólo se resolverían los casos de lesiones con pérdida de un miembro, pero no otros casos imaginables.

561. — Por otro lado se sostiene que, desde el punto de vista del derecho material, el transcurso de un largo tiempo entre la realización de la acción que produjo el primer resultado y la realización del segundo es totalmente irrelevante. Por lo tanto, se afirma, el médico que infecta al paciente con el virus del sida en una transfusión de sangre, responderá de la muerte de éste aunque ésta se produzca *seis meses o doce años después*. Sin embargo, se sostiene que *prácticamente* esta responsabilidad no se podrá efectivizar porque, por regla, la sentencia condenando por el primero de los resultados habrá adquirido fuerza de cosa juzgada[76].

562. — *Lo correcto es excluir la imputación* en los casos de consecuencias tardías del hecho cuando éstas no sean percibidas como parte del conflicto social generado por la primera lesión y, consecuentemente, no conmuevan la confianza en la norma que prohíbe el segundo resultado. Ello no debe excluir, sin embargo, la consideración en la individualización de la pena de las consecuencias futuras posibles que tendrá la lesión. La solucióin es, de todos modos, discutible.

— *f* —

563. — No impiden la realización del peligro los llamados *nexos causales desviados*. Se trata de supuestos que la teoría tradicional

[74] Rudolphi, en *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 6ª ed., 1995, § 1/77; Roxin, *Festschrift für Gallas*, 1973, p. 253 y siguientes.

[75] Schünemann, *Juristische Arbeitsblätter*, 1975, p. 720; Stratenwerth, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 3ª ed., 1981, nº 349; Frisch, *Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs*, 1988, p. 494 y siguientes.

[76] Jakobs, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 2ª ed., 1991, nº 7/81.

trataba como supuestos de error (irrelevante) sobre el nexo causal. Por ejemplo: "A" arroja a "B" desde un puente al río para que éste muera ahogado; "B" muere, pero como consecuencia de haberse golpeado con la cabeza en uno de los pilares de piedra del puente. En estos casos la cuestión no afecta, en realidad, al error, sino a la realización del riesgo en el resultado. Lo que importa, por ello, es si el suceso se desarrolló dentro de los *márgenes del riesgo* que objetivamente existían en el momento de realizar la acción, no lo que haya imaginado el autor sobre el futuro desarrollo del suceso. Inclusive la solución tradicional recurría a este criterio, a pesar de considerar estos casos como supuestos de error irrelevante sobre el desarrollo causal, pues excluía la relevancia del error cuando *objetivamente* el suceso había discurrido dentro de un nexo causal *adecuado* (lo que quiere decir según la experiencia).

564. — También se deben resolver con el criterio de los márgenes normales de riesgo los casos de *extrema rareza del acontecer*, como el de un veneno que debía hacer efecto ya en el estómago, pero, dadas las características del sujeto pasivo, sólo lo hace en el intestino[77]. En efecto, en estos supuestos se trata de un desarrollo causal que transcurre dentro de los márgenes de riesgo creados por el autor con su acción.

— *g* —

565. — El peligro no se realiza en el resultado cuando otro suceso acelera la producción del mismo. Por ejemplo: "A" da a "B" un veneno que le producirá la muerte en unas horas; inmediatamente después "B" es atropellado por un coche que le ocasiona la muerte. El peligro de la acción de envenenamiento, es decir, la muerte por veneno, no ha llegado a realizarse. El autor sólo será punible por tentativa (art. 16, Cód. Penal). Estos casos se diferencian de los tratados (ver *supra*, nº 555), porque en aquéllos el resultado de la primera acción ya no puede ser evitado por alguna circunstancia, mientras que en éstos todavía es posible evitar la muerte por el veneno (por ejemplo, por un tratamiento especial, un antídoto, etcétera).

[77] Jakobs, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 2ª ed., 1991, nº 7/85.

— *h* —

566. — No resultan de fácil solución los casos de *sobredeterminación del resultado*. Son supuestos en los que coinciden varias condiciones que, por sí solas, hubieran producido el resultado. Por ejemplo: "A" carga un montacargas muy por encima del límite de peso autorizado, lo que en cualquier caso produciría su caída y las lesiones del operario "B", que acompaña la carga; de todos modos, aunque hubiera respetado el límite de seguridad el montacargas habría caído, pues, dado el mal estado en el que se encontraba, sólo habría podido transportar la mitad del peso autorizado[78]. La cuestión tiene evidente relevancia práctica cuando las personas competentes para cada uno de los riesgos (el mal estado del montacargas y la sobrecarga del mismo) no coinciden.

567. — Por un lado se sostiene que la acumulación no es admisible, dado que cuando un riesgo ya es perfecto (es decir, es suficiente para producir el resultado antes de la producción del segundo), "las normas destinadas a impedir el otro riesgo pierden su sentido: un mandato de no superar el límite de seguridad sería absurdo, desde el momento en el que ese límite ya carece de eficacia"[79].

568. — Sin embargo, la acumulación no se debería excluir, dado que el cumplimiento de las normas tiene sentido, inclusive cuando no ponen en peligro bienes jurídicos (como en el caso de los delitos de peligro abstracto o en las tentativas inidóneas).

— *i* —

569. — También existen diversos puntos de vista respecto de la solución que se debe dar a los *casos en los que existen dudas respecto a si una conducta alternativa adecuada al deber habría impedido que se produjera el resultado*. Por ejemplo: el famoso caso del ciclista ebrio que cae bajo las ruedas de un camión que se le adelanta sin dejar la distancia reglamentaria. Por una parte, se exige para la imputación del resultado que exista la *práctica seguridad* de que el resulta-

[78] Jakobs, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 2ª ed., 1991, nº 7/83, *a*.
[79] Jakobs, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 2ª ed., 1991, nº 7/83, *a*.

do no se habría producido si el autor hubiera actuado de acuerdo con su deber. Con este fundamento el Tribunal Supremo Federal alemán excluyó la imputación del resultado de muerte del ciclista en el caso antes expuesto, pues no era posible determinar si un adelantamiento correcto no hubiera producido el mismo resultado[80]. Ello se fundamenta en el principio *in dubio pro reo*[81]. Por otro, se afirma la posibilidad de imputar el resultado en casos de dudas sobre si éste no se hubiera producido con un comportamiento adecuado a derecho, siempre y cuando el autor hubiera aumentado el riesgo con su comportamiento[82]. Contra el primero de los criterios se sostiene que, en realidad, en todo caso de riesgo permitido (por ejemplo, una maniobra de adelantamiento) queda un resto de riesgo. Por ende, *el criterio de la teoría de la elevación del riesgo es preferible*, dado que mientras existe la posibilidad de que el resultado no se produzca, toda contribución al peligro existente perjudica la situación del objeto de la acción.

—*j*—

570. — Tampoco se concreta en el resultado (jurídicamente relevante), ni crea un peligro jurídicamente desaprobado, la acción cubierta por el consentimiento del titular de un bien jurídico disponible[83].

571. — El derecho penal español carece de una disposición general referente a la eficacia del *consentimiento*. En particular, el art. 20

[80] *BGHSt* 11, p. 4 y siguientes.

[81] Schönke - Schröder - Cramer, *Strafgesetzbuch, Kommentar*, § 15, nº 171.

[82] Teoría del aumento del riesgo: Roxin, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, § 11/72 y ss.; críticamente sobre esta teoría: Jakobs, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 2ª ed., 1991, nº 7/98 y ss.; Frisch, *Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs*, 1988, p. 537 y siguientes.

[83] Sobre estas cuestiones cfr.: Bacigalupo, "Poder Judicial", fascículo especial sobre la reforma penal de 1989 (1990), p. 147 y ss.; Berdugo, en "CPCr.", 14 (1981); Casas Barquero, *El consentimiento en el derecho penal*, 1987; Barreiro, en "CPCr.", 16 (1982), p. 5 y ss.; García Aran, *Homenaje al Profesor Sainz Cantero*, en "Revista de la Universidad de Granada", 12 (1987), p. 81 y ss.; Gimbernat Ordeig, *Homenaje al Profesor Sainz Cantero*, en "Revista de la Universidad de Granada", nº II (1987), p. 107; Romeo Casabona, en "CPCr.", 17 (1982), p. 263 y ss.; Zugaldía Espinar, *Homenaje al Profesor Sainz Cantero*, en "Revista de la Universidad de Granada", nº II (1987), p. 281; de la Gándara Vallejo, *Consentimiento, bien jurídico e imputación objetiva*, 1995, p. 67 y siguientes.

del Cód. Penal, que contiene los supuestos generales de exclusión de la punibilidad (causas de justificación, de exclusión de la culpabilidad) no hace referencia al consentimiento del lesionado. Por el contrario, desde la introducción del texto del art. 428 del Cód. Penal por la ley de 28 de marzo de 1963, el Código Penal contiene una disposición específica en relación al delito de lesiones dolosas, que ha sufrido diversas modificaciones por las leyes 8/83 y 3/89.

Los proyectos de reformas no han innovado en esta materia. Pero tanto el Proyecto de 1980 como la Propuesta de Anteproyecto de 1983 procuraron dar relevancia al consentimiento en las lesiones, aunque con diversa amplitud. El art. 177 del Proyecto de 1980 sólo excluyó la relevancia del consentimiento en las lesiones cuando éstas fueran "socialmente reprochables". El art. 157 de la Propuesta de 1983 fue más lejos, dando en principio relevancia al consentimiento, salvo cuando éste estuviere afectado por haber sido obtenido viciadamente (precio, promesa, recompensa o incapacidad). El Código Penal vigente reitera en sus arts. 155 y 156 el contenido del antiguo art. 428 del Código de 1973, con leves modificaciones de estilo.

572. — Es discutido, ante todo, cuál es el ámbito en el que debe operar el consentimiento. Un sector de la teoría distingue entre el consentimiento que excluye la tipicidad y el que excluye la antijuridicidad, estableciendo diversos presupuestos para la eficacia de cada uno de ellos.

573. — El consentimiento excluirá ya la tipicidad cuando el tipo describe una acción cuyo carácter ilícito reside en el obrar contra la voluntad del sujeto pasivo: por ejemplo, en el allanamiento de morada del art. 202 del Cód. Penal ("mantenerse contra la voluntad del morador en morada ajena").

574. — El consentimiento excluiría, por el contrario, la antijuridicidad cuando el comportamiento del autor importe ya una lesión de un bien jurídico. Por ejemplo en el caso del delito de daños (art. 263 y ss., Cód. Penal).

575. — La distinción entre un consentimiento que excluye la tipicidad y otro que excluiría la antijuridicidad es, sin embargo, cuestio-

nada por un sector de la teoría[84]. Este punto de vista y el anterior se diferencian, en realidad, en la concepción del bien jurídico. Quienes distinguen entre el valor protegido y el sustrato material pueden admitir que hay ya lesión del bien jurídico cuando la acción recae sobre el sustrato material de éste: por ejemplo, cuando se hubiese dañado una cosa ajena se habría realizado la acción típica, por lo que cabría preguntar a continuación por el consentimiento del titular de la cosa.

576. — Diversa es la postura de quienes entienden que, en realidad, en los bienes jurídicos disponibles, es decir, respecto de los que el consentimiento puede excluir la imputación, la acción sólo realiza el tipo en la medida en que importe una lesión del ámbito de dominio autónomo del sujeto pasivo: la lesión de su voluntad respecto de la conservación del bien jurídico. Desde este ángulo la lesión del sustrato material del mismo es, como tal, irrelevante. En consecuencia, el consentimiento, si tiene relevancia (lo que depende del poder de decisión sobre el mantenimiento del bien que el orden jurídico otorgue al particular), excluirá en todos los casos el tipo penal.

Es preferible el segundo criterio, es decir, aquel que *en todos los casos excluye la tipicidad.*

En los comienzos de lo que podríamos llamar la dogmática española moderna, la teoría había señalado que el problema del consentimiento sólo se planteaba en diversos tipos penales que hacían referencia expresa a esta cuestión (particularmente, los arts. 361, 450, II y 490 del Cód. Penal en su versión de 1944) y por lo tanto, como una circunstancia excluyente de la tipicidad[85]. Las cuestiones referentes al tratamiento médico-quirúrgico y las lesiones deportivas constituirían en este marco problemas que se deberían tratar en el ámbito de la justificación supralegal o de la interpretación "teleológica y progresiva del concepto del delito"[86].

Más tarde, con miras a ensanchar el ámbito de eficacia del consentimiento, principalmente en relación con el tratamiento médico y con las lesio-

[84] Por todos: Schmidhäuser, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 2ª ed., 1975, p. 268 y siguientes.

[85] Jiménez de Asúa, *Tratado de derecho penal. Parte general*, 3ª ed., 1976, t. IV, nº 1434, con indicaciones bibliográficas.

[86] Jiménez de Asúa, *La ley y el delito*, 1ª ed., citado según la 5ª edición de 1967, p. 313 y siguientes.

nes deportivas[87], se ha desarrollado una teoría diferenciadora, que lo reconoció también como presupuesto de la autorización legal de acción genérica que contiene el art. 20.7° del Cód. Penal, por lo tanto, como causa de justificación.

Este tratamiento del consentimiento tuvo una doble fundamentación teórica, decidida, en principio, por el texto de la ley. En todo caso, en los supuestos en los que la actuación contra la voluntad del sujeto pasivo no estuviera expresa en el texto, sólo sería posible tomar en cuenta la relevancia del consentimiento como resultado de una estricta interpretación de las disposiciones legales en cuestión. Consecuentemente, el consentimiento sólo se debería considerar como una circunstancia excluyente de la tipicidad expresamente establecida por el legislador[88].

Por otro lado, se recurrió a la autorización genérica del art. 8°.11 (= art. 20.7° del Cód. Penal vigente) con el objeto de resolver la cuestión de la relevancia del consentimiento, particularmente en materia de tratamiento médico y lesiones deportivas, así como en todos los casos en los que la legitimidad del ejercicio de un oficio requiriera una autorización de actuar del sujeto pasivo[89]. En tales casos el médico, el abogado, el deportista, etcétera, obtendrían, mediante la expresión del consentimiento, un derecho subjetivo de actuar, cuyo ejercicio legítimo operaría como una causa de justificación, dado que el consentimiento sería fuente de una autorización con fuerza para levantar una prohibición de intervenir en una esfera de derechos propia del sujeto que consiente, es decir, dentro de la cual éste puede configurar libremente sus relaciones jurídicas[90].

De una manera implícita este punto de vista se apoyó en la llamada *"teoría del negocio jurídico"*. Sin embargo, la cuestión de los requisitos del consentimiento, que la teoría del negocio jurídico extrae de las reglas que

87 Jiménez de Asúa, *Tratado de derecho penal. Parte general*, 3ª ed., 1965, t. III, n° 1421; Antón Oneca, *Derecho penal. Parte general*, (1ª ed., 1949), 2ª ed., invariada, 1986, p. 287 y ss.; Cuello Calón, *Derecho penal*; Cobo del Rosal, en "Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales", 1964, fascículo II; Cobo del Rosal - Rodríguez Mourullo, *Derecho penal español. Parte especial*, 1962, p. 437.

88 Jiménez de Asúa, *Tratado de derecho penal. Parte general*, 3ª ed., 1965, t. III, n° 1428.

89 Así, implícitamente: Cobo del Rosal, en "Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales", 1964, fascículo II; Cobo del Rosal - Rodríguez Mourullo, *Derecho penal español. Parte especial*, 1962, p. 437; probablemente también Rodríguez Ramos, *Compendio de derecho penal*, 4ª ed., 1988, p. 189.

90 Paralelamente en Alemania, aunque con diferencias en lo referente a las condiciones del consentimiento válido, Zitelmann, *Ausschluß der Widerrechtlichkeit*, en "AcP", 99 (1906), p. 11 y ss.; Fischer, *Die Rechtswidrigkeit mit besonderer Berücksichtigung des Privatrechts*, 1911, p. 271 y ss. En Italia, Manzini, *Trattato di diritto penale italiano* (1948-1952), t. I, p. 517; Carnelutti, *Lezioni di diritto penale*, 1943, p. 55.

rigen para éste en el derecho privado, quedó abierta, ya que, inicialmente, este tema no fue tratado expresamente. A pesar de ello no parece que se pueda negar que recurrir al ejercicio de un derecho para resolver aquellos casos en los que la justificación del autor requiera una autorización del sujeto pasivo, implicaba necesariamente adoptar también como condiciones de validez del consentimiento las impuestas por el derecho (privado) para los negocios jurídicos que fundamentan la autorización. Ello se pone de manifiesto ahora cuando los representantes de este punto de vista admiten que si "la renuncia y la correlativa adquisición del derecho se encuentran reguladas por el derecho privado, será necesario que concurran en el titular y en el acto las condiciones esenciales que el ordenamiento requiere para otorgarle validez"[91], aunque nieguen, al mismo tiempo, el carácter de negocio jurídico de la autorización[92].

Estos puntos de vista se han mantenido prácticamente inalterados hasta ahora, aunque con algunas modificaciones en su fundamentación.

La concepción que entiende al consentimiento como una circunstancia que sólo excluye la tipicidad se apoya, por una parte, en meros argumentos exegéticos[93], mientras que, por otra, se fundamenta en una diferente concepción de los bienes jurídicos protegidos en los supuestos de relevancia del consentimiento[94].

El punto de vista exegético tiene su punto de partida probablemente en el entendimiento del Tribunal Supremo del texto del art. 4°.3 del Cód. Penal español (*STS* del 15/3/56) que, interpretado de forma paralela al art. 65 del *Code Pénal* francés o al 78 del *Code Pénal* belga, excluiría la posibilidad de recurrir a causas de justificación no previstas por el art. 20 del Cód. Penal. Según Mir Puig[95], "el art. 2, II (= art. 4°.3 vigente) del Cód. Penal impide dejar sin castigo a los hechos que resultasen penados en base a la rigurosa aplicación de las disposiciones de la ley, aun cuando a juicio del Tribunal no debería serlo". Tal disposición impediría, entonces, "crear eximentes para las que ni siquiera la analogía con otras ofrece una base legal"[96].

91 Cobo del Rosal -Vives Antón, *Derecho penal. Parte general*, 2ª ed., 1987, p. 338.

92 Cobo del Rosal -Vives Antón, *Derecho penal. Parte general*, p. 339, nota 3. Por el contrario adhiere a la teoría del negocio jurídico sin reservas la Fiscalía General del Estado, cfr. *Memoria del Fiscal General del Estado*, 1986, p. 439 y siguientes.

93 Mir Puig, *Derecho penal. Parte general*, 1984, p. 448 y siguientes.

94 Bacigalupo, *Principios de derecho penal español*, 1985, p. 82 y ss.; Gómez Benítez, *Teoría jurídica del delito*, 1984, p. 422 y ss.; Bustos, *Manual de derecho penal. Parte general*, 3ª ed., 1989, p. 194; de la Gándara Vallejo, *Consentimiento, bien jurídico e imputación objetiva*, 1995, p. 100 y siguientes.

95 Mir Puig, *Derecho penal. Parte general*, 1984, p. 449; otro punto de vista Cerezo Mir, *Festschrift für Jescheck*, t. I, 1985, ps. 441 y ss. y 442 y siguientes.

96 Mir Puig, *Derecho penal. Parte general*, 1984, p. 449.

Por lo tanto, "en el derecho español el consentimiento sólo podrá resultar eficaz en cuanto pueda entenderse que impide la realización del tipo de la Parte Especial"[97].

En realidad, el aporte de este punto de vista a la concepción del consentimiento como circunstancia que en todos los casos excluye la tipicidad es muy discutible, dado que se apoya en dos conceptos necesariamente imprecisos: la analogía y la "aplicación rigurosa de la ley". La cuestión de si el consentimiento es o no análogo a las otras causas de justificación depende del punto a partir del cual se realice la comparación: si ésta se hace, como parece más aconsejable, a partir de los principios justificantes, entendiendo que entre éstos se encuentra el principio de la ausencia de interés (Mezger), o el de la definición del interés por la víctima (Jakobs), o de la justificación según la valoración del lesionado (Noll), es indudable que el consentimiento tendrá con las otras causas de justificación en común una analogía fundamental: el efecto justificante. Por otra parte, la aplicación rigurosa de las disposiciones de la ley no se debería identificar con la aplicación de la ley sobre la base de una interpretación gramatical de los textos, como lo propone Mir Puig en relación al consentimiento. De hecho, si se acepta, por ejemplo, que la adecuación social no afecta la aplicación rigurosa de la ley[98] no parece que admitir el consentimiento como causa de justificación pueda contradecir el art. 4°.3 del Cód. Penal. El art. 4° del Cód. Penal, por lo demás, no ha impedido que el Tribunal Supremo reconozca la posibilidad de invocar el consentimiento como causa de justificación[99].

En suma: este punto de vista, más que una posición favorable al tratamiento unitario del consentimiento como circunstancia que excluye la adecuación típica, constituye una fundamentación de la exclusión del consentimiento como causa de justificación.

Desde otra perspectiva metodológica, la concepción del consentimiento como una causa que excluye en todos los casos la tipicidad (Bacigalupo, Bustos, García Vitoria, Gómez Benítez) se apoya, por el contrario, en una diferente concepción del bien jurídico protegido postulada en Alemania por Roxin, entre otros[100]. De acuerdo con este punto de vista el consentimiento eficaz excluye en todos los casos la adecuación típica, pues en ta-

[97] Mir Puig, *Derecho penal. Parte general*, 1984, p. 449.

[98] Mir Puig, *Derecho penal. Parte general*, 1984, p. 460; otro punto de vista: Bacigalupo, en "Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales", 1995, p. 849 y siguientes.

[99] Así expresamente, *STS* del 27/3/90 (rec. 1766/87).

[100] Roxin, *Kriminalpolitik und Strafrechtssystem*, 1970, p. 25, nota 57; ídem, "ZStW" 85 (1973), 101; *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Eduardo Correia*, 1984, p. 37 y ss.; *Festschrift für Hans Welzel*, 1974, p. 449; Schmidhäuser, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 2ª ed., 1975, p. 268 y ss. Cfr. también Kaufmann, Armin, en *Festschrift für Hans Welzel*, 1974, p. 397, nota 9, y en *Festschrift für Klug*, 1983, t. II, p. 282.

les supuestos los bienes jurídicos están a disposición de su titular y, dado el acuerdo de éste para su menoscabo, no cabe pensar en una lesión necesitada de justificación.

Contra la posibilidad de aplicación de este punto de vista en el derecho español se ha pronunciado recientemente Cerezo Mir[101]. El argumento central de su opinión se apoyaba en los arts. 562 (= art. 289 del Cód. Penal vigente) y 428 (= art. 156 del Cód. Penal vigente) del Código penal. Estos demostrarían que no siempre que el consentimiento es eficaz, el bien jurídico protegido será la libertad de disposición, pues de acuerdo con el art. 562 del antiguo Cód. Penal el daño de la cosa propia es punible, cuando ésta es de utilidad social. Asimismo, se sostiene, en los delitos de lesiones corporales el consentimiento sólo exime de responsabilidad de un modo excepcional, lo que se deduciría del art. 428 del antiguo Cód. Penal (= art. 156 del Cód. Penal vigente).

Ninguno de estos argumentos afectan, a mi modo de ver, la tesis del consentimiento como circunstancia que excluye en todos los casos la tipicidad. El art. 562 del antiguo Cód. Penal, como es claro, no protege la autodeterminación del autor en el ejercicio de la propiedad, sino precisamente lo contrario: la observancia de los límites a la libre disposición de las cosas propias. Por otra parte, si se admitiera que en las lesiones el consentimiento puede tener un rol sólo excepcional, lo cierto es que de esta premisa no se deduce nada respecto del significado sistemático del consentimiento en el ámbito en el que éste es eficaz.

Cerezo Mir[102] estima, por otra parte, que la exclusión de la tipicidad en todos los casos en los que el consentimiento es relevante se apoya en una concepción insostenible del bien jurídico. La idea de que en tales supuestos se protege la autodeterminación del titular del bien jurídico es considerada por Cerezo Mir incompatible con un derecho penal en el que se establecen límites a la eficacia del consentimiento, como es el caso del art. 428 del antiguo Código Penal.

Sin embargo, el concepto de bien jurídico, en sí mismo, no depende en nada de la protección penal del mismo ni tampoco, por lo tanto, del alcance con que el titular pueda disponer sobre ella. Hay bienes jurídicos que carecen de protección penal y además casi todos los bienes jurídicos tienen una protección penal limitada. Por ende, no es posible derivar de los límites de la disponibilidad sobre la protección penal ningún argumento contra el concepto de bien jurídico. Quienes proponen que el consentimiento eficaz debe excluir en todos los casos la tipicidad, en realidad, no preten-

[101] Cerezo Mir, *Estudios de derecho penal y criminología en homenaje a Rodríguez Devesa*, 1989, t. I, p. 210.

[102] Cerezo Mir, *Estudios de derecho penal y criminología en homenaje a Rodríguez Devesa*, 1989, t. I, p. 212.

den modificar el concepto de bien jurídico, sino extraer de la disponibilidad un criterio para establecer en qué nivel de la estructura del delito debe tener eficacia la renuncia del titular a la protección jurídico-penal.

La teoría diferenciadora mantiene, por su parte, la vinculación del consentimiento justificante con el art. 20.7° del Cód. Penal. Sin embargo, sus representantes procuran ahora distanciarse de la teoría del negocio jurídico, que era —como se dijo— el soporte teórico implícito para explicar que "el consentimiento otorga a quien realiza el hecho típico un derecho para obrar de este modo[103]. En este sentido se sostiene que "el consentimiento justificante no es un negocio jurídico, ni precisa de una expresa declaración para surtir efectos, a menos que la ley así lo requiera", aunque se reconoce, al mismo tiempo, su calidad de "acto jurídico"[104]. La finalidad perseguida con esta nueva configuración teórica del problema del consentimiento es la de reforzar el carácter objetivo de la exclusión de la antijuridicidad, que estos autores hacen depender exclusivamente de la voluntad unilateral del que consiente la lesión de sus bienes jurídicos. Pero el carácter objetivo de la exclusión de la antijuridicidad depende de la significación que se atribuya al disvalor del resultado en el concepto de lo ilícito. Sobre esta cuestión nada dice la teoría del negocio jurídico que, en realidad, pretende explicar la naturaleza jurídica del consentimiento, cualquiera que sea el concepto de lo ilícito[105].

La teoría diferenciadora es sostenida en España también sin referencia al art. 20.7° del Cód. Penal y a partir de una concepción material de la justificación apoyada en la ponderación de bienes[106]. Desde este punto de vista se afirma, con apoyo en la opinión de Noll[107], que "el consentimiento opera como causa de justificación cuando el derecho conceda prelación al valor de la libertad de actuación de la voluntad frente al desvalor de la acción y del resultado de la agresión o lesión del bien jurídico"[108].

Pero precisamente el principio de la ponderación de bienes no resulta ser una base sólida para mantener la teoría diferenciadora del consentimiento, dado que, en estos casos, el orden jurídico otorga valor preponde-

103 Cobo del Rosal -Vives Antón, *Derecho penal. Parte general*, 2ª ed., 1987, p. 335.

104 Cobo del Rosal -Vives Antón, *Derecho penal. Parte general*, p. 339, nota 3.

105 Honig, *Die Einwilligung des Verletzten*, 1919, ps. 139 y ss. y 158 y ss.; Zitelmann, *Ausschluß der Widerrechtlichkeit*, en "AcP", 99 (1906), nota 1.

106 Cerezo Mir, *Estudios de derecho penal y criminología en homenaje a Rodríguez Devesa*, 1989, p. 211 y ss.; Romeo Casabona, *El médico y el derecho penal*, t. I, p. 307; probablemente también Muñoz Conde, *Teoría general del delito*, 2ª ed., 1989, ps. 90, 114 y siguientes.

107 Noll, *Tatbestand und Rechtswidrigkeit: Die Wertabwägung als Prinzip der Rechtfertigung*, en "ZStW" 77 (1965), ps. 1 y ss. y 19 y siguientes.

108 Cerezo Mir, *Estudios de derecho penal y criminología en homenaje a Rodríguez Devesa*, 1989, p. 213.

rante a la libre determinación y, en consecuencia, ya es dudoso que en ellos se pueda hablar de una colisión entre la libre disposición y el supuesto sustrato material del bien jurídico protegido, en la que tenga preponderancia el valor de la libre determinación sobre el interés social en el mantenimiento de dicho sustrato material. En realidad, la existencia del consentimiento excluye, desde el principio, una intervención ajena en la esfera de los bienes jurídicos protegidos del que ha consentido, dado que la decisión libre sobre bienes jurídicos propios excluye una intervención ajena. De todos modos, ello no excluye que el criterio de la ponderación de bienes se pueda emplear correctamente en el derecho español para establecer el límite de la libre autodeterminación en los casos en los que la disponibilidad sobre el bien jurídico no es ilimitada (por ejemplo, en el delito de lesiones —art. 155 del Cód. Penal—), pero esta cuestión es diferente.

(1)

577. — Ambito de eficacia del consentimiento. El consentimiento no tiene eficacia general. Esta depende —como se adelantó— del poder de decisión que el orden jurídico otorgue sobre el mantenimiento del bien jurídico al particular que es titular del mismo. En principio este poder de decisión sólo se le reconoce al particular con respecto a la posesión, la propiedad y el patrimonio en general, la libertad personal y la integridad corporal (en el sentido del delito de lesiones). El art. 155 del Cód. Penal otorga al consentimiento en el delito doloso de lesiones sólo un efecto atenuante. Mientras la disponibilidad de los bienes de contenido patrimonial en general no tiene límites, en el caso de la libertad personal y de la integridad corporal aquélla depende de que el consentimiento no implique acuerdo en la tolerancia de acciones lesivas de la dignidad de la persona (art. 10.1, *CE*). Esta no es renunciable y está íntimamente ligada con la libertad y el respeto del cuerpo. No es válido el consentimiento, por ejemplo, para ser torturado por funcionarios policiales.

(2)

578. — Requisitos del consentimiento eficaz. Cuando se trata de alguno de los bienes jurídicos que admiten la disponibilidad por parte de su titular, la eficacia del consentimiento dependerá de los siguientes requisitos:

a) Capacidad del sujeto pasivo de comprender la situación en la que consiente. El sujeto debe poder comprender la significa-

ción de su consentimiento respecto de la acción que lesionará el objeto de la misma. No se requiere la capacidad establecida por el derecho civil para realizar negocios jurídicos. Es suficiente con la "capacidad natural de comprender o juzgar".

b) El consentimiento debe ser anterior a la acción. Un "consentimiento" *a posteriori* sólo es perdón. El consentimiento, por otra parte, se debe haber mantenido hasta el momento de la acción, es decir, es retractable.

c) El consentimiento no debe provenir de un error ni haber sido obtenido mediante amenaza. Sólo bajo esta condición el consentimiento es un acto autónomo y, por lo tanto, sólo de esta manera elimina la lesión del bien jurídico.

579. — La eficacia del consentimiento depende, por lo tanto, ante todo, del conocimiento correcto del que consiente respecto de la extensión del daño. Ello tiene singular importancia en el caso de la intervención médico-quirúrgica y en el tratamiento médico en general, pues es el fundamento del deber del médico de informar al paciente sobre el tratamiento o intervención y sus consecuencias.

En principio, los requisitos del consentimiento eficaz se deberían relacionar con los puntos de vista dogmáticos sostenidos sobre la naturaleza del consentimiento. La clasificación sistemática del consentimiento, sin embargo, no incide en estos requisitos. Así, quienes admiten la distinción entre consentimiento excluyente del tipo y consentimiento de efecto justificante coinciden en que ambas formas del consentimiento dependen de idénticos requisitos[109]. A su vez, quienes sostienen que el consentimiento sólo excluye la adecuación típica entienden los requisitos del consentimiento de forma similar a los que representan el otro punto de vista[110].

a) La capacidad de consentir eficazmente es identificada por la opinión dominante con la llamada "capacidad natural"[111]. Por capacidad natu-

[109] Cerezo Mir, *Estudios de derecho penal y criminología en homenaje a Rodríguez Devesa*, 1989, p. 213; Muñoz Conde, *Teoría general del delito*, 1989, p. 115.

[110] Bacigalupo, *Principios de derecho penal español*, p. 84; Bustos, *Manual de derecho penal. Parte general*, p. 195; Jiménez de Asúa, *Tratado de derecho penal. Parte general*, t. IV, nº 1429; Mir Puig, *Derecho penal. Parte general*, 4ª ed., 1996, p. 455.

[111] Expresamente, Bacigalupo, *Principios de derecho penal español*, 1985, p. 84; Cerezo Mir, *Estudios de derecho penal y criminología en homenaje a Rodríguez Devesa*,

ral, asimismo, se entiende, de una manera uniforme, pero con diferentes formulaciones, la capacidad para comprender la trascendencia de la decisión por medio de la cual se renuncia a la protección penal del bien jurídico, que no debe coincidir con la capacidad exigida por el derecho civil para la celebración de negocios jurídicos.

Un punto de vista diferente adoptan, consecuentemente, los que postulan la aplicación del art. 20.7° del Cód. Penal como fundamento de la fuerza justificante del consentimiento (especialmente en relación a las intervenciones médicas).

En tanto el que consiente debe trasmitir al autor un derecho, "es preciso —afirman— que concurran todas las condiciones necesarias para transferir, a quien realiza el tipo, el derecho a ejecutarlo"[112]. De todos modos, no parece que con ello se quiera hacer referencia a las exigencias establecidas en el derecho privado o en el derecho público, dado que, al mismo tiempo, se sostiene que el derecho, a cuyo ejercicio se refiere el art. 20.7° del Cód. Penal, "se halla configurado a la medida de las necesidades de la materia punitiva en la que surte efecto"[113]. Parece, sin embargo, que si el mencionado art. 20.7° hace referencia a derechos que provienen de ámbitos no penales del ordenamiento jurídico, el consentimiento debería estar condicionado por las reglas propias del sector de derecho privado o público del que surge el derecho acordado. En la medida en que ésto no sea así —como lo proponen Cobo - Vives— es indudable que no será fácil concretar las diferencias con respecto a los otros puntos de vista basados en la capacidad natural.

Sólo Jiménez de Asúa[114] sostiene una posición según la cual el consentimiento referente a bienes patrimoniales debería requerir —a diferencia del referido a otros bienes jurídicos— la capacidad exigida por el derecho privado.

A diferencia de lo que ocurre en una parte considerable de la dogmática alemana, en la española no se admite que en los casos del consentimiento que excluye sólo la tipicidad *(Einverständnis)* sea suficiente una conformidad puramente fáctica en los tipos penales en que la consumación requiere obrar contra o sin la voluntad del lesionado (por ejemplo: allanamiento de morada —art. 202—; violación —art. 179—; hurto —art. 234,

---

1989, p. 207; Mir Puig, *Derecho penal. Parte general*, 4ª ed., 1996, p. 455; implícitamente, Bustos, *Manual de derecho penal. Parte general*, 3ª ed., 1989, p. 195; Jiménez de Asúa, *Tratado de derecho penal. Parte general*, t. IV, n° 1429; Muñoz Conde, *Teoría general del delito*, p. 115; de la Gándara Vallejo, *Consentimiento, bien jurídico e imputación objetiva*, 1995, p. 114.

112 Cobo del Rosal -Vives Antón, *Derecho penal. Parte general*, p. 338.

113 Cobo del Rosal -Vives Antón, *Derecho penal. Parte general*, ps. 335 y 339, nota 3.

114 Jiménez de Asúa, *Tratado de derecho penal. Parte general*, t. IV, n° 1429.

Cód. Penal—, etcétera)[115]. Más aún, en la dogmática española predomina la opinión que excluye en general la eficacia del consentimiento o la conformidad cuando ha mediado engaño o coacción[116].

A pesar de la generalidad de la afirmación, es claro entonces que esta premisa no puede tener valor absoluto, pues no en todos los casos en los que el consentimiento o la conformidad sean producto de engaño, aquél resultará totalmente irrelevante. En este sentido, el consentimiento o la conformidad, aunque sean obtenidos por engaño, excluirán en todos los casos la violencia y, por lo tanto, la realización de los tipos penales que la requieran (por ejemplo, violación —art. 179—; coacciones —art. 172—; robo — art. 237—)[117].

Mayores discusiones generará en España la cuestión de si la conformidad obtenida mediante engaño excluye la tipicidad en los casos en los que el tipo penal exige que el autor haya obrado contra la voluntad del titular (por ejemplo, arts. 202 y 234 del Cód. Penal). En tales supuestos, aunque el consentimiento se haya obtenido mediante engaño, en realidad, el autor podría no haber obrado contra la voluntad del titular del bien jurídico en la forma exigida por el tipo penal. El Tribunal Supremo no excluiría, probablemente, la tipicidad en los casos de allanamiento de morada, ya que ha admitido que el delito de allanamiento de morada se consuma también actuando contra la voluntad presunta del titular[118]. En el mismo sentido, en el delito de hurto (art. 234 del Cód. Penal) el Tribunal Supremo ha entendido que la apropiación de dinero, cuya entrega está motivada por el engaño del autor, es contraria a la voluntad del sujeto pasivo[119]. Sin embargo, esta última decisión es muy problemática, dado que

[115] Geerds, en *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*, 1954, p. 262 y ss.; ídem, en "ZStW" 72 (1909), p. 42 y ss.; críticamente, Hirsch, *Leipziger Kommentar*, 10ª ed., 1985, vor § 32, nº 100, con indicaciones bibliográficas.

[116] Bacigalupo, *Principios de derecho penal español*, 1985, p. 84; Bustos, *Manual de derecho penal. Parte general*, 3ª ed., 1989, p. 195; Cerezo Mir, *Estudios de derecho penal y criminología en homenaje a Rodríguez Devesa*, 1989, p. 207; Cobo del Rosal - Vives Antón, *Derecho penal. Parte general*, p. 338; Jiménez de Asúa, *Tratado de derecho penal. Parte general*, t. IV, nº 1429; Mir Puig, *Derecho penal. Parte general*, 4ª ed., 1996, p. 456. Diferenciando según se trate de coacción o error y engaño; Muñoz Conde, *Teoría general del delito*, 2ª ed., 1989, p. 115; Casas Barquero, *El consentimiento en el derecho penal*, 1987, p. 71 y ss.; Romeo Casabona, *El médico y el derecho penal*, t. I, 1981, p. 308 y ss.; de la Gándara Vallejo, *Consentimiento, bien jurídico e imputación objetiva*, 1995, p. 131 y siguiente.

[117] En el resultado también Mir Puig, *Derecho penal. Parte general*, 4ª ed., 1996, p. 457, y Romeo Casabona, *El médico y el derecho penal*, nota 32, p. 308; de la Gándara Vallejo, *Consentimiento, bien jurídico e imputación objetiva*, 1995, p. 131.

[118] *STS* del 15/6/57.

[119] *STS* del 23/3/68.

la subsunción del hecho bajo el tipo del hurto presupone una distinción extremadamente dudosa entre este delito y el de estafa (art. 248 del Cód. Penal). La cuestión de la influencia de las amenazas sobre el consentimiento o la conformidad, por su parte, ha tenido especial trascendencia en el delito de violación (art. 179, Cód. Penal)[120]. En la jurisprudencia se ha considerado, en general, que las amenazas pueden no excluir la conformidad referente al acceso carnal, cuando no sean suficientes para cumplir con las exigencias del concepto de intimidación, es decir, cuando no sean graves[121]. En los casos en que se ha considerado que la amenaza no tuvo entidad suficiente para excluir la conformidad, sin embargo, el Tribunal Supremo no ha aplicado los arts. 169 ó 171 del Cód. Penal, como probablemente hubiera correspondido.

b) En la dogmática española existe un acuerdo muy difundido respecto de la caracterización general de los bienes jurídicos sobre los que al titular se le reconoce un poder de disposición. Prácticamente se sostiene, de una forma unánime, que el consentimiento, en principio, sólo puede afectar a bienes jurídicos cuyos titulares sean particulares, quedando excluidos aquellos que pertenecen a la sociedad o al Estado o tienen carácter supraindividual[122]. Esta cuestión tiene carácter polémico, sin embargo, principalmente en los delitos de homicidio y en los de lesiones, en los que son particularmente discutidos los alcances posibles de la disponibilidad del bien jurídico en relación al tratamiento médico, respecto del cual sólo una opinión minoritaria ve en el consentimiento del paciente el fundamento de la ausencia de la tipicidad o, en su caso, de la antijuridicidad del mismo. En el delito de lesiones, por otra parte, la nueva regulación del art. 155 del Cód. Penal permite, acaso, sostener que la no disponibilidad sólo tendría carácter excepcional[123].

[120] Cfr. *SSTS* del 17/11/56; 17/10/61; 18/2/83; 19/2/84; 2/7/84; 12/6/85; 3/1/86; 17/3/87; 11/3/88; 24/10/88.

[121] Cfr. *SSTS* del 12/6/85; 33/1/86; 10/12/86; 17/3/87. La jurisprudencia más reciente ha reducido considerablemente las exigencias de la violencia en el delito del actual art. 179 del Cód. Penal (violación).

[122] Bacigalupo, *Principios de derecho penal español*, 1985, p. 83 y ss.; Bustos, *Manual de derecho penal. Parte general*, 3ª ed., 1989, p. 194; Cerezo Mir, *Estudios de derecho penal y criminología en homenaje a Rodríguez Devesa*, 1989, p. 202; Cobo del Rosal - Vives Antón, *Derecho penal. Parte general*, p. 336; Gómez Benítez, *Teoría jurídica*, p. 422; Jiménez de Asúa, *Tratado de derecho penal. Parte general*, t. IV, nº 1429; Mir Puig, *Derecho penal. Parte general*, 4ª ed., 1996, ps. 450 y 451; de la Gándara Vallejo, *Consentimiento, bien jurídico e imputación objetiva*, 1995, p. 111; probablemente, también Muñoz Conde, *Teoría general del delito*, 2ª ed., 1989, p. 114 y siguientes.

[123] Bacigalupo, en "Poder Judicial", fascículo especial sobre la reforma penal de 1989-1990, nota 1, con indicaciones bibliográficas.

c) Por el contrario hay diversidad de opiniones en lo referente a si el efecto excluyente de la punibilidad del consentimiento (sea por falta de tipicidad o por justificación) depende del conocimiento que el autor haya tenido de él. Las discrepancias no sólo afectan a la exigencia del conocimiento, sino también a las consecuencias de la ausencia.

Una parte de la teoría sostiene que los efectos del consentimiento no dependen de que el autor tenga conocimiento del mismo[124]. Mientras la mayoría de quienes participan de este punto de vista se pronuncian por la exclusión de la adecuación típica sin más, Mir Puig sostiene también que "no es preciso que el autor tenga conocimiento del consentimiento", pero propone, de todos modos, que en tales casos el autor que no supo del mismo sea sancionado "por tentativa inidónea" (art. 52, Cód. Penal). Esta solución de Mir Puig resulta, sin embargo, difícilmente compatible con su punto de partida, dado que la sanción de este hecho como tentativa inidónea sólo sería posible precisamente si se exige que el autor haya debido conocer el consentimiento como condición para la exclusión de la tipicidad.

Por el contrario, otro sector de la teoría hace depender el efecto excluyente del conocimiento del consentimiento por parte del autor[125]. Desde este punto de vista es consecuente considerar que el consentimiento o la conformidad no conocidos por el autor no excluyen la punibilidad y dejan subsistente el carácter de tentativa inidónea de la realización del tipo.

(3)

580. — El problema del consentimiento presunto. También con fundamento en el derecho consuetudinario, se reconoce el mismo efecto al consentimiento presunto que al consentimiento. Naturalmente, ello sólo rige en el ámbito dentro del cual el consentimiento es jurídicamente eficaz. Sin embargo, el consentimiento presunto sólo puede ser una causa de justificación apoyada en la idea del riesgo

[124] Bustos, *Manual de derecho penal. Parte general*, 3ª ed., 1989, p. 195; Cerezo Mir, *Estudios de derecho penal y criminología en homenaje a Rodríguez Devesa*, 1989, p. 207, respecto del consentimiento que excluye el tipo, pero al contrario respecto del consentimiento justificante (p. 214); Cobo del Rosal -Vives Antón, *Derecho penal. Parte general*, p. 339; Mir Puig, *Derecho penal. Parte general*, 4ª ed., 1996, p. 456.

[125] Bacigalupo, *Principios de derecho penal español*, 1985, p. 84; Jiménez de Asúa, *Tratado de derecho penal. Parte general*, t. IV, nº 1429; Muñoz Conde, *Teoría general del delito*, 2ª ed., 1989, p. 115; de la Gándara Vallejo, *Consentimiento, bien jurídico e imputación objetiva*, 1995, p. 115 y siguientes.

permitido, dado que la falta del consentimiento real impide la exclusión de la tipicidad.

581. — El consentimiento es presunto cuando no es expreso, es decir, cuando el titular del bien jurídico no ha podido emitirlo o no es posible recabárselo.

582. — Los requisitos de eficacia del consentimiento presunto son los siguientes:

La acción debe ser realizada en interés del titular del bien jurídico. Por ejemplo: es preciso que la violación del domicilio en ausencia del titular haya sido para reparar la tubería del agua y evitar una inundación. Por el contrario, hay autores que piensan que, cuando el consentimiento esperado y el interés pudieran no coincidir, debe darse prioridad al primero. Además deben concurrir las restantes condiciones del consentimiento. Para la determinación del consentimiento presunto es decisivo que, según un juicio objetivo, el consentimiento hubiera sido de esperar en el momento de la acción *(ex-ante)*. Tal juicio objetivo se refiere al de un tercero razonable en el lugar del autor.

583. — En la doctrina las opiniones no son unánimes respecto de la posibilidad de acordar efecto justificante al consentimiento presunto cuando éste opere en favor del autor o de un tercero y no en favor del titular del bien jurídico.

> La opinión prácticamente unánime en la dogmática española reconoce la necesidad de una solución diferenciada en un grupo de *casos en los que no existe un consentimiento real del afectado, pero en los que la acción ha sido ejecutada en interés del mismo, lo que hace presumir que, de haber conocido la situación, éste habría consentido en la lesión del bien jurídico.*
>
> En tales casos se da, sin duda, un amplio acuerdo respecto del inmerecimiento de pena, pero también una considerable divergencia en la fundamentación de la impunidad de estos comportamientos. Como es claro, el consentimiento presunto sólo puede ser considerado como causa de justificación, dado que, en principio, la conformidad excluyente de la tipicidad debe ser real[126].

[126] Sin embargo, en la jurisprudencia, como se vio, no siempre es así; ver *SSTS* del 15/6/57 y 23/3/68.

Desde un primer punto de vista se niega directa y expresamente la posibilidad de admitir un consentimiento presunto como fundamento de la exclusión de la punibilidad[127]. Consecuentes con su punto de partida, Cobo - Vives afirman que en el consentimiento presunto no se puede fundamentar "la trasferencia de derechos operada por la voluntad del titular" y que no es posible en el derecho español una causa de justificación supralegal[128]. Por lo tanto, desde esta perspectiva, la no punibilidad de los casos de consentimiento presunto se deberían resolver por medio de las reglas del error sobre la existencia del consentimiento real, lo que, en el sistema clásico seguido por Cobo - Vives, significa mediante la exclusión de la culpabilidad[129].

La propuesta de solución de Cobo - Vives puede resultar muy estrecha para las necesidades de la práctica, pues los casos que han generado la teoría del consentimiento presunto se caracterizan porque en ellos el autor tiene un conocimiento seguro de la ausencia del consentimiento real del lesionado. Por ello no se trata en tales casos de si hubo o no consentimiento, sino de si el titular de los bienes jurídicos que colisionan hubiera consentido. Quizá por estas razones Cobo - Vives no parecen excluir totalmente la aplicación de la "gestión de negocios ajenos" (art. 1888, Cód. Civil español) o del estado de necesidad[130]. La opinión quizá dominante, por el contrario, se inclina por la solución de esta problemática a través del estado de necesidad (art. 8°.7, Cód. Penal)[131].

Cerezo Mir ha condensado recientemente los argumentos en favor de esta posición ya postulada por Antón Oneca. Por un lado se sostiene que

[127] Cerezo Mir, José, *Estudios de derecho penal y criminología en homenaje a Rodríguez Devesa*, 1989, p. 236; Cobo del Rosal -Vives Antón, *Derecho penal. Parte general*, p. 339; Gómez Benítez, *Teoría jurídica del delito*, 1984; Jiménez de Asúa, *Tratado de derecho penal. Parte general*, t. IV, n° 1429; prácticamente, en el mismo sentido, Antón Oneca, *Derecho penal*, 2ª ed., 1986, p. 292.

[128] Cobo del Rosal -Vives Antón, *Derecho penal. Parte general*, p. 339.

[129] Cobo del Rosal -Vives Antón, *Derecho penal. Parte general*, 2ª ed., 1987, p. 339. Parece, sin embargo, que Cobo del Rosal y Vives Antón admitirían también el estado de necesidad en los casos en los que se diera una gestión de negocios ajenos. En el mismo sentido Jiménez de Asúa, *Tratado de derecho penal. Parte general*, t. IV, n° 1429 y Antón Oneca, *Derecho penal*, 2ª ed., 1986, p. 292.

[130] Cobo del Rosal -Vives Antón, *Derecho penal. Parte general*, 2ª ed., 1987, p. 341, nota 26.

[131] Cerezo Mir, *Estudios de derecho penal y criminología en homenaje a Rodríguez Devesa*, 1989, p. 236 y ss.; Muñoz Conde, *Teoría general del delito*, 2ª ed., 1989, ps. 114 y 115; probablemente también Octavio de Toledo - Huerta Tocildo, *Derecho penal. Parte general*, 2ª ed., 1986, p. 225 (aunque sólo mencionan el problema del tratamiento médico sin consentimiento); implícitamente Antón Oneca, *Derecho penal*, 2ª ed., 1986, p. 292; Bustos, *Manual de derecho penal. Parte general*, 3ª ed., 1989, p. 196, dado que remite a la ponderación de bienes en conflicto.

"los supuestos comprendidos en esta causa de justificación son intrascendentes y no compensan los riesgos que para la seguridad jurídica supone la presunción del consentimiento"; "la causa de justificación podría dar lugar", agrega Cerezo Mir, "a abusos"[132].

Este punto de vista es una consecuencia de dos suposiciones: que el reconocimiento de causas de justificación no escritas pone en peligro la seguridad jurídica y que los casos relevantes para el consentimiento presunto se pueden resolver mediante el estado de necesidad. Pero, en realidad, no se percibe de qué manera el reconocer el consentimiento presunto como causa de justificación podría afectar a la seguridad jurídica y dar lugar a abusos. Ello sólo sería de temer si los presupuestos de la justificación no se pudieran determinar con la precisión dogmática deseable. No habiendo reservas en este sentido, la seguridad jurídica no se verá ni más ni menos afectada que en cualquiera de las otras causas de justificación. En este punto es sumamente útil la comparación con la situación alemana. El reconocimiento del consentimiento presunto desde los años '20[133] no parece haber desembocado en una situación de inseguridad jurídica, ni que se hayan registrado abusos.

La otra suposición que explica el rechazo del consentimiento presunto es la referida a la posibilidad de aplicación del estado de necesidad en los casos relevantes en este marco. De esta manera, prácticamente todos los supuestos que generaron la figura del consentimiento presunto tendrían una solución adecuada en el ámbito de la justificación. Sin embargo, hay por lo menos dos razones que impiden la aplicación del estado de necesidad. En primer lugar, se debe señalar que el estado de necesidad no tiene la función de una cláusula general que neutralice las reglas de la justificación previstas legalmente para la solución de conflictos particulares. Consecuentemente, en aquellos casos en los que colisionan intereses jurídicos disponibles pertenecientes a un mismo titular —que son los casos de mayor trascendencia— las reglas del consentimiento (real o presunto) tienen preferencia, en principio, sobre las del estado de necesidad[134]. Se trata de conflictos en los que el ordenamiento jurídico debe respetar la decisión libre del titular, sin asumir la tutela de una decisión "correcta"

[132] Cerezo Mir, *Estudios de derecho penal y criminología en homenaje a Rodríguez Devesa*, 1989, p. 236.

[133] Mezger, *Die subjektiven Unrechtselemente*, en "GS", 89 (1924), ps. 207 y ss. y 287 y siguientes.

[134] Seelmann, *Das Verhaltnis vor § 34 StGB zu anderen Rechtfertigungsgründen*, 1978, p. 69 y ss.; Schönke - Schröder - Cramer, *Strafgesetzbuch, Kommentar*, § 34, nros. 6 y 8; Samson, *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, § 34, 6; Lackner, *Strafgesetzbuch, Kommentar*, § 34, 2, *c*; Stratenwerth, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, t. I, 3ª ed., 1981, nº 450.

externa sobre ámbitos reservados al libre desarrollo de la personalidad[135]. En segundo lugar, en estos casos resultaría claramente inexplicable una justificación apoyada en el principio de solidaridad pues no cabe hablar de solidaridad, con uno mismo[136].

En suma, no parece adecuado tratar estos casos del consentimiento presunto en el ámbito del estado de necesidad, dado que en dichos supuestos no estamos frente a situaciones de conflictos ineludibles en los que se salva el bien que el orden jurídico declara más valioso a costa del menos importante[137]. Por el contrario, en estos casos el autor asume el riesgo de resolver el conflicto de los intereses del afectado según la hipotética voluntad de éste[138] y ello requiere reglas específicas. Cualquiera que sea la amplitud que se quiera dar a la fórmula legislativa del art. 20.5° del Cód. Penal, es indudable que estos supuestos no se podrían resolver por la vía del estado de necesidad.

En este contexto serán sin duda problemáticos, desde el punto de vista del consentimiento, los casos en los que colisionen la vida (bien no disponible) con la integridad corporal (bien disponible dentro de ciertos límites), que serán frecuentes en el ámbito de la actividad médica.

Pero, ni siquiera en estos casos es posible una aplicación del estado de necesidad sin más, pues en la medida en que se trata de colisiones de bienes jurídicos altamente personales, la justificación por medio del estado de necesidad dependerá no sólo de la jerarquía abstracta de tales bienes (como lo sostiene en general la dogmática española), sino, y muy especialmente, del interés individual del afectado[139]. En estos casos, una decisión sin tomar en cuenta el interés del titular en la protección o su "voluntad de tolerar"[140] no resultaría amparada por la justificación. Por lo tanto, cabe preguntar si en la colisión de bienes personales pertenecientes al mismo titular no se debería dar directamente preferencia a las reglas del consentimiento presunto inclusive cuando colisionan bienes jurídicos disponibles y no disponibles. Este punto de vista sería aceptable para quienes en España subrayan la significación que tiene en este ámbito el derecho constitucional al libre desarrollo de la personalidad[141].

135 Cfr., en el mismo sentido, Roxin, *Festschrift für Hans Welzel*, 1974, p. 451; otro punto de vista, Antón Oneca, *Derecho penal*, p. 292, nota 39.

136 Jakobs, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 2ª ed., 1991, ps. 287, 370.

137 Roxin, *Festschrift für Hans Welzel*, p. 453.

138 Roxin, *Festschrift für Hans Welzel*, p. 453; Lenckner, *Festschrift für H. Mayer*, 1966, p. 181; confr. también ps. 175, 177 y siguientes.

139 Lenckner, *Der rechtfertigende Notstand*, 1965, p. 98 y ss.; Bacigalupo, *Principios de derecho penal español*, 1985, p. 80.

140 Jakobs, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 2ª ed., 1991, p. 358.

141 Berdugo, en "CPCr." 14 (1981), p. 203 y ss.; Cobo del Rosal - Carbonell, en Cobo del Rosal -Vives Antón, *Derecho penal. Parte especial*, p. 539 y ss.; Díez Ripollés, en

La cuestión no resulta diferente en los casos en los que el autor obra en propio interés o en el de un tercero, casos que una parte de la doctrina alemana incluye en el ámbito de relevancia del consentimiento presunto[142]. En este grupo de casos se suelen citar como ejemplos el de quien toma la bicicleta de un amigo sin autorización para alcanzar el tren que debe tomar para poder cumplir una importante actividad, el de quien rompe el botiquín de un amigo para tomar un medicamento (sin estar en un estado de necesidad), el de quien en un año de abundante cosecha se apodera de frutas caídas de árboles ajenos y el de la empleada que regala a un mendigo un traje viejo del dueño de la casa[143]. Aquí es posible, naturalmente, negar la posibilidad de la justificación en sí misma de estos supuestos por la vía del consentimiento presunto[144], pero, en todo caso, no parece que se pueda aplicar el estado de necesidad, dado que en estos casos o el autor no es ajeno a la creación del conflicto de intereses, o bien no se da una situación de verdadera necesidad, con lo que desaparece la posibilidad de aplicar el art. 20.5° del Cód. Penal. A ello se debe agregar que tampoco aquí se percibe que sea posible apoyar la justificación en el principio de solidaridad en el que se basa el estado de necesidad.

La justificación de estos casos de consentimiento presunto en los que el autor obra en propio interés o en el de un tercero puede encontrar, sin embargo, una explicación adecuada en el derecho español admitiendo que el consentimiento presunto reconoce la estructura de una causa de justificación fundada en el riesgo permitido, de la misma manera en que se propone en Alemania[145]. Ello tendría consecuencias en relación al error y al derecho de defensa de la persona cuyos bienes jurídicos son afectados. Sin embargo, este punto de vista encontrará seguramente el rechazo de los que suponen que los casos de riesgo permitido también tendrían solución por medio del estado de necesidad[146]. Esta opinión se funda, nueva-

---

"CPCr." 30 (1986), p. 603 y ss.; de la Gándara Vallejo, *Consentimiento, bien jurídico e imputación objetiva*, 1995, p. 198 y siguiente.

142 Jescheck, *Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil*, 4ª ed., 1988, p. 347.

143 El ejemplo de la bicicleta carece de relevancia en el derecho español, pues el art. 244 del Código Penal —a diferencia del § 248, *b*, *StGB*— no se refiere a las bicicletas.

144 Así, Schmidhäuser, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 2ª ed., 1975, p. 318; Jakobs, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 2ª ed., 1991, p. 370, notas 18 y 371.

145 Jescheck, *Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil*, p. 360 y ss.; Lenckner, en Schönke - Schröder, *Strafgesetzbuch, Kommentar*, 23ª ed. (1988), § 32, 56; Roxin, *Festschrift für Hans Welzel*, p. 447 y ss. Críticamente al respecto, Hirsch, *Leipziger Kommentar*, 10ª ed., § 32, 30, 50 y 132; Schmidhäuser, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 2ª ed., 1975, p. 318. Especialmente sobre el riesgo permitido, Maiwald, *Festschrift für Jescheck*, t. I, 1985, p. 405 y siguientes.

146 Mir Puig, adiciones a la traducción española de Jescheck, *Tratado de derecho penal. Parte general*, t. I, 1981, p. 557 y siguientes.

mente, en la amplitud que tendría el estado de necesidad en la legislación española. Pero lo cierto es que esa "amplitud" no es tal, dado que sólo se manifiesta en la no punibilidad de los casos de conflicto de bienes de igual jerarquía, lo que, en la opinión mayoritaria, tiene lugar en la forma de exclusión de la culpabilidad, junto al estado de necesidad justificante, en el que, por el contrario, se requiere salvar un bien de mayor jerarquía que el sacrificado.

En lo demás el estado de necesidad regulado por el art. 20.5° del Cód. Penal requiere en todos los casos —como se vio— que haya un conflicto de intereses que exija necesariamente el sacrificio de uno de ellos, para salvar el restante, y que el autor haya sido ajeno a la creación del conflicto (art. 20.5°.2). Ninguno de estos extremos se presentan en las causas de justificación estructuradas sobre el principio del riesgo permitido, pues éstas se vinculan con casos en los que el autor, por regla, crea el peligro con una acción que no es necesaria, pero que está autorizada[147]. Por lo demás, en casos muy significativos, el riesgo permitido autoriza, inclusive, a poner en peligro bienes jurídicos de mayor importancia que los intereses implicados en las acciones peligrosas autorizadas (por ejemplo, autoriza el tráfico automotor que crea peligros para la vida y la integridad corporal de los ciudadanos). Ello impide ya inicialmente la aplicación del art. 20.5° del Código Penal.

De todos modos, el recurso a la figura del riesgo permitido no permite, dado su carácter formal, explicar si el consentimiento presunto debe excluir la pena como consecuencia de una auténtica aprobación del orden jurídico o simplemente de una atenuación de lo ilícito. En este último caso su clasificación podría tener lugar fuera del ámbito de la justificación[148]. Pero no es posible tratar aquí este aspecto de la cuestión, pues su extensión va más allá de los límites de este trabajo.

Todo esto demuestra, a mi modo de ver, que en la dogmática española el reconocimiento del consentimiento presunto como causa de justificación específica requiere, en primer lugar, aclarar ciertos puntos referentes a la dogmática del estado de necesidad. Es necesario realizar una profunda discusión sobre las relaciones del estado de necesidad y las otras causas de justificación, sobre los elementos particulares del estado de necesidad y especialmente sobre la exigencia de que la justificación basada en el estado de necesidad dependa de la adecuación de la acción de salvamento a las concepciones de la generalidad sobre una intervención tole-

147 Jescheck, *Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil*, p. 361; Jakobs, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 2ª ed., 1991, p. 170; Lenckner, en Schönke - Schröder, *Strafgesetzbuch, Kommentar*, § 32, 107, *a*.

148 Bacigalupo, *Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann*, 1989, p. 459 y ss.; Günther, *Strafrechtswidrigkeit und Strafunrechtsausschluss*, 1983, p. 351 y siguientes.

rable en bienes ajenos[149]. Fuera de ello sería deseable también una discusión relativa a la función dogmática del riesgo permitido, que posiblemente no sería una figura inútil en el derecho penal español, si se admite que el estado de necesidad no puede ser la solución para todo.

— *k* —

584. — Las situaciones en las que la víctima no se expone consintiendo al peligro de la acción de otro (casos donde se discute la cuestión del consentimiento), sino en las que aquélla *se expone a un peligro que proviene directamente* de su propia acción, deben ser tratadas separadamente, pues el resultado producido se imputará según el *"principio de la autorresponsabilidad del lesionado"* o de la *"autopuesta en peligro"* o *"principio de la propia responsabilidad"*. Se trata de establecer los casos en los que la *participación* (causal) en la peligrosa conducta de la propia víctima no resulta imputable al autor (meramente partícipe), sino a la situación, pues ésta ha tenido una intervención decisiva[150]. Los casos que ponen de manifiesto estos problemas se refieren a la imputación de las lesiones o la muerte al que entregó un estupefaciente a una persona plenamente responsable de los daños, lesiones o muerte que haya sufrido el que, con pleno conocimiento acepta viajar en un coche conducido por otro que está visiblemente alcoholizado, o de las lesiones consecuencia de relaciones sexuales llevadas a cabo con otra persona infectada por el virus del sida, etcétera.

585. — En la *jurisprudencia* esta problemática ha tenido un planteamiento muy limitado a través de la figura de la *"compensación de culpas"*, que sólo opera, como es obvio, en los delitos imprudentes. La cuestión tiene, de todos modos, antiguo reconocimiento en la jurisprudencia del Tribunal Supremo —ver, por ejemplo, la *STS* del 26/9/1884, en la que se excluye la responsabilidad del dueño de un pe-

[149] Cfr., en este sentido, Gimbernat Ordeig, *Homenaje al profesor Sainz Cantero*, en "Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada", nº I (1987), ps. 107 y ss. y 109 y siguientes.

[150] De la Gándara Vallejo, *Consentimiento, bien jurídico e imputación objetiva*, 1995, p. 133 y ss.; Cancio Meliá, *Conducta de la víctima e imputación objetiva en el derecho penal* (tesis doctoral, UAM, 1997).

rro que mordió a una persona que "inadvertidamente" pisó al animal—. En este sentido la *STS* del 5/11/90 establece que "para calibrar la respectiva relevancia de las conductas intervinientes (...) habrá de tenerse en cuenta que si uno de los factores o condiciones se muestra como causa decisiva y eficiente del resultado, habrá de reputarse la actuación de los demás intervinientes como accidental y fortuita, como igualmente, si ambas conductas se manifiestan con la misma potencia y virtualidad causativa, habrá lugar a imputar como imprudentes las dos, si bien adecuando el grado de culpa a la mayor o menor eficacia de la intervención de cada uno (imprudencia temeraria o simple) —en el mismo sentido: *SSTS* del 19/4/72; 24/3/82; 24/3/83; 28/5/84; 18/2/86; 25/10/88; 24/5/91—. En forma similar se manifiesta la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo en la aplicación del art. 1103 del Cód. Civil (cfr. *STS* (1ª) del 12/7/89 con cita de otros precedentes). De todos modos, en la *STS* del 17/7/90 se sostuvo que "no cabe establecer una total equivalencia entre la autopuesta en peligro y el consentimiento de la acción peligrosa ajena". En la misma línea, aunque recurriendo al confuso argumento de la compensación de culpas, la *STS* del 20/2/93 excluyó la imprudencia (?!) del autor porque la víctima (que murió por sobredosis de heroína) asumió "el riesgo previsible en el consumo de drogas, en una imprudencia no grave, pero próxima a la del autor".

586. — Es evidente que en los casos de autopuesta en peligro y, por consiguiente, de autorresponsabilidad del lesionado, la participación de un tercero no debe ser punible, aunque no se den las condiciones del consentimiento y, en ese sentido, la cuestión tiene un ámbito mucho mayor que el que le proporciona la compensación de culpas. Por lo demás, la solución de esta problemática por la vía de la "compensación de culpas" puede ser adecuada, acaso, en el ámbito de la responsabilidad civil, donde se pueden justificar ciertos juicios de equidad, pero carece del rigor conceptual necesario para distinguir una conducta típica de la que no lo es. En efecto, tanto la citada *STS* del 20/3/93, como también la *STS* 1961/91 del 24/5/91, que declara equivalente la culpa del que enciende un fuego cuyo humo impide la visibilidad en una carretera y la culpa de la conductora de un turismo que se interna en la humareda a 70 Km/h., a pesar de no poder ver, estrellándose contra un camión que circulaba en sentido contra-

rio al invadir el carril de éste, demuestran la gran inseguridad que caracteriza la solución. En ambos casos se percibe que en el marco de la llamada compensación de culpas no existen criterios claros que justifiquen la determinación del *quantum* de la culpa de cada interviniente. Al menos ninguna de las dos sentencias hace la menor referencia a las bases del juicio sobre la magnitud de la culpa de cada uno de los intervinientes.

587. — Algunos autores piensan que en los casos en los que la víctima debe responder por su autolesión no se trata de la exclusión de la imputación objetiva, sino de supuestos de "conductas que ya inicialmente están excluidas del tipo penal", pues en tales supuestos el orden jurídico ya no protege los bienes de la víctima[151].

588. — En la doctrina se distinguen supuestos diferentes, pero en los que cabe aplicar los mismos principios para distinguir los casos en los que la víctima se autolesiona y los que constituyen una lesión imputable al tercero, a pesar de la acción causal de la víctima.

a) Casos de participación en la *autopuesta en peligro voluntaria de otro*. Por ejemplo: "A" entrega a "B", para que éste se aplique a sí mismo una dosis de estupefaciente que produce la muerte de "B" cuando él mismo se la aplica ("A" no engaña a "B" sobre la cantidad de droga que le entrega); "X" convence a "Z" de escalar un monte muy peligroso; "Z", que no es lo suficientemente experto, cae y sufre lesiones graves.
En los casos en los que el propio tipo penal requiere una *heterolesión* (por ejemplo, en el *delito de lesiones*: el art. 147.1 del Cód. Penal requiere "causar *a otro* una lesión") la *autolesión* excluirá la relevancia jurídica de la participación, pues toda participación presupone que el autor directo haya obrado al menos típicamente, cosa que no ocurre en los casos de autolesión corporal, porque *no son típicas*. De una *autolesión* cabe hablar siempre que el que sufre la lesión haya sido el que puso la última condición para la producción del resultado —criterio de la co-

151 Frisch, en "NStZ", 1992, p. 5 y siguientes.

misión en último lugar—[152]. Dicho con palabras de Jakobs: "se tratará de una autolesión siempre cuando la responsabilidad de la víctima respecto de su autoprotección no surja antes de la fundamentación de la responsabilidad de otros partícipes; pues en estos casos la víctima decide sobre el si de la realización del hecho"[153].

Naturalmente este criterio no puede ser aplicado en los tipos penales que por sí mismos sancionan la inducción a la autolesión (por ejemplo: art. 143.1, Cód. Penal —inducción y ayuda al suicidio—; art. 248, Cód. Penal —estafa—).

La autolesión, sin embargo, no excluirá la responsabilidad del partícipe (por regla como autor mediato) cuando éste tenga un conocimiento completo o más completo que la víctima del peligro al que ésta se expone o cuando la víctima esté personalmente incapacitada para decidir responsablemente (en los casos de los arts. 20.1ª, 2ª y 3ª y 19 del Cód. Penal).

Hasta qué punto es posible admitir un *principio general de autorresponsabilidad del lesionado* que el orden jurídico debe reconocer en razón de la significación institucional de la libertad[154], es todavía una cuestión discutida. Se trata de si en todos los tipos penales —inclusive en aquellos en los que la heterolesión no es un requisito expreso— es posible excluir la imputación objetiva cuando el resultado es consecuencia de la acción de la víctima. La cuestión puede adquirir especial relevancia práctica en el caso del controvertido art. 143 del Cód. Penal (inducción y ayuda al suicidio).

En efecto, si se admite el principio general de autorresponsabilidad del lesionado, este tipo penal no alcanzaría a los supuestos en los que el suicida toma y ejecuta la decisión en forma au-

[152] De la Gándara Vallejo, *Consentimiento, bien jurídico e imputación objetiva*, 1995, p. 153 y siguientes.

[153] Jakobs, *Die Organisation von Selbst und Fremdverletzung, insbesondere bei Tötung*, manuscrito de la conferencia sostenida en la Universidad Autónoma de Madrid el 14/5/92; cfr. también de la Gándara Vallejo, *Consentimiento, bien jurídico e imputación objetiva*, 1995, p. 155.

[154] Cfr. Zaczyk, *Strafrechtliches Unrecht und die Selbsverantwortung des Verletzten*, 1993, p. 18 y ss.; críticamente al respecto Cancio Meliá, *Conducta de la víctima e imputación objetiva en el derecho penal* (tesis doctoral, UAM, 1997), p. 451 y siguientes.

torresponsable[155] y se limita sólo a aquellos en los que el suicida obra con una cierta disminución de su capacidad de decisión de acuerdo al sentido, la aplicación del art. 143 del Cód. Penal quedaría limitada a estos últimos casos. Con esta interpretación las objeciones a la constitucionalidad de este artículo[156] quedarían completamente desvanecidas, aunque resultaría muy difícil justificar la exclusión de la autoría mediata.

b) Casos de *exposición voluntaria a un peligro proveniente de la acción de otro*. En estos supuestos el lesionado ha consentido en la *exposición al peligro, pero, en modo alguno en el resultado*. Consecuentemente, por la vía del consentimiento no es posible excluir la tipicidad de la acción del que realizó la acción riesgosa con el resultado no deseado, dado que la víctima no ha consentido en el resultado(!)[157]. Por ejemplo: "A" acepta que "B", que dice manejar con especial destreza su revólver, demuestre que es capaz de dar, desde una cierta distancia, en la botella de cerveza que él mantiene en su mano. "B" dispara y da en el pecho de "A", provocándole la muerte (*STS* del 17/7/90))[158]. En dicha sentencia el Tribunal Supremo consideró que la exposición consciente a un peligro proveniente de la acción peligrosa de otro excluye la imputación objetiva del resultado al autor de dicha acción peligrosa cuando esta exposición es equivalente a la autolesión[159]. La autonomía conceptual de estos casos ha sido puesta en duda[160] con cierta razón. En realidad se trata de ca-

155 Así con respecto a la participación omisiva: Bacigalupo, en *Omisión e imputación objetiva en el derecho penal*, ed. por Gimbernat - Schünemann - Wolter, 1994, p. 25 y ss. Una solución similar probablemente, aunque desde otra perspectiva: Silva Sánchez, en "Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales", 1987.

156 Carbonell, en Cobo del Rosal - Vives Antón, *Derecho penal. Parte especial*, 1993, p. 557 y siguientes.

157 Cfr. Roxin, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, § 11/98 y ss.; Zaczyk, *Strafrechtliches Unrecht und die Selbsverantwortung des Verletzten*, 1993.

158 Críticamente sobre la solución de esta sentencia: de la Gándara Vallejo, *Consentimiento, bien jurídico e imputación objetiva*, 1995, p. 143; sin embargo, la crítica contradice su propio punto de vista basado en el criterio del que obró en último término: no cabe duda que ese fue el que disparó.

159 En igual sentido que Roxin, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, § 11/100.

160 De la Gándara Vallejo, *Consentimiento, bien jurídico e imputación objetiva*, 1995, p. 145.

sos en los que se debe distinguir entre la *autolesión* y la *heterolesión*[161]. Dicho de otra manera: la imputación objetiva del resultado que afecta al que se expuso al peligro voluntariamente depende de si su lesión puede serle imputada a él mismo o si, por el contrario, constituye un caso de *autoría mediata de la lesión*, puesto que, en verdad, el autor mediato actúa en último término y, en todo caso, responde por su posición de superioridad en la dirección del suceso.

Esta autoría mediata se puede apreciar aunque la propia víctima haya obrado en último término, en los siguientes supuestos:

1. Cuando *la víctima desconocía* la existencia del peligro al que se exponía *(instrumento que obra de manera cuasi nodolosa)*. Particularmente discutido en este marco es el de la víctima que tiene relaciones sexuales con una persona ignorando que ésta está infectada con sida. Se sostiene que *no habrá autoría mediata*, aunque el infectado no haya dado razones para confiar en que no lo estaba, pues una relación como ésta no genera obligaciones de cuidado recíproco hacia el otro: el que mantiene relaciones sexuales ocasionales no depende de la aclaración de riesgos que el otro le proporcione[162]. En todo caso, lo que debe haber conocido el lesionado para que el resultado le sea imputable a él es la lesión del bien jurídico. A la inversa, el resultado será imputable al otro cuando el lesionado desconozca dicha lesión.
2. Cuando la víctima, *por engaño, renuncia a determinados bienes de manera irrazonable*. Por ejemplo: el resultado de muerte será *exclusivamente* imputado al que engaña a otro sobre su estado de salud y logra que éste le ruegue que le

[161] Jakobs, *Die Organisation von Selbst und Fremdverletzung, insbesondere bei Tötung*, manuscrito de la conferencia sostenida en la Universidad Autónoma de Madrid el 14/5/92.

[162] Cfr. Zaczyk, *Strafrechtliches Unrecht und die Selbsverantwortung des Verletzten*, 1993, p. 58 y ss.; Jakobs, *Die Organisation von Selbst und Fremdverletzung, insbesondere bei Tötung*, manuscrito de la conferencia sostenida en la Universidad Autónoma de Madrid el 14/5/92, p. 15; de la Gándara Vallejo, *Consentimiento, bien jurídico e imputación objetiva*, 1995, p. 145; Roxin, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, § 11.

proporcione los elementos para quitarse la vida; en tal caso el resultado de muerte no se imputará conjuntamente (como coautoría) al que participa y al que se autocausa la muerte, según el art. 143.4, sino al que engañó a la víctima, por lo que será aplicable el art. 138 del Cód. Penal (homicidio, eventualmente art. 139.1ª —asesinato—).

3. Cuando la víctima *carezca de la capacidad de motivación* propia de una conducta autorresponsable[163].

—§ 45—

La realización del tipo en los delitos de peligro

589. — En estos delitos no sólo se debe comprobar la realización de una acción que supere los límites del peligro permitido. Además se requiere que la acción haya representado un peligro para un determinado bien jurídico. Este peligro —como se ha visto— puede ser *concreto* o bien *abstracto*.

a — Delitos de peligro concreto y delitos de peligro abstracto

590. — La teoría ha distinguido tradicionalmente entre delitos de peligro concreto, en los que el bien jurídico debe haber sufrido un riesgo real de lesión, y delitos de peligro abstracto, en los que ese riesgo real no es necesario. La realización del tipo objetivo en los delitos de peligro concreto requiere, además de la acción, el peligro real sufrido por el bien jurídico protegido. Por el contrario, en los delitos de

[163] Zaczyk, *Strafrechtliches Unrecht und die Selbsverantwortung des Verletzten*, 1993, p. 43; Jakobs, *Die Organisation von Selbst und Fremdverletzung, insbesondere bei Tötung*, manuscrito de la conferencia sostenida en la Universidad Autónoma de Madrid el 14/5/92, p. 18. Cancio Meliá ha presentado recientemente el criterio según el cual en los casos de organización conjunta del riesgo la imputación del resultado debe recaer en la víctima (p. 481); la solución coincide, en términos generales, con la sostenida aquí y con la ya expuesta por de la Gándara Vallejo, *Consentimiento, bien jurídico e imputación objetiva*, 1995, p. 156.

peligro abstracto es suficiente la comprobación de la acción. Por este motivo, estos últimos no se diferencian de los delitos de pura actividad. La distinción entre delitos de peligro abstracto y concreto resulta acaso superflua: sólo interesan los delitos de peligro concreto[164].

b — El juicio sobre el peligro

591. — La realización del tipo objetivo en los delitos de peligro (concreto) requiere la comprobación, como se dijo, de que la acción ha puesto en peligro un bien jurídico, o aumentado el peligro corrido por éste. El peligro corrido por el bien jurídico como consecuencia de la ejecución de la acción es un estado que debe ser verificado expresamente por el juez. El momento en el que debe hacerse el juicio sobre el peligro es aquel en el que el autor ha obrado (juicio *ex-ante*). En tal juicio deben tomarse en consideración los conocimientos del agente, ya que en el momento de la acción hay una parte de las condiciones que no son conocidas por el autor (toda vez que si el resultado no llega a producirse, es decir, si el peligro no se concreta en una lesión, no hubo riesgo, pues el conocimiento *ex-post* de todas las circunstancias demuestra en estos casos que el bien jurídico no corrió peligro).

El peligro como tal no depende de que el autor o alguien haya podido conocerlo, ni de que el autor o alguien haya podido tener por segura la producción del resultado[165].

— § 46 —

LA REALIZACION DEL TIPO OBJETIVO EN LOS DELITOS DE PURA ACTIVIDAD

592. — En los delitos de pura actividad sólo se debe comprobar la realización de la acción típica. En el "allanamiento de morada" (art.

[164] Schmidhäuser, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 2ª ed., 1975, p. 154 y ss.; Stratenwerth, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 3ª ed., 1981, nº 212, quienes señalan las dificultades de la distinción entre delitos de peligro abstracto y de pura actividad; prácticamente como aquí, Horn, *Konkrete Gefährdungsdelikte*, 1973, p. 27 y siguientes.

[165] Así, Schmidhäuser, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 2ª ed., 1975, p. 208.

202.1, Cód. Penal.) sólo es preciso verificar que el autor se ha introducido contra la voluntad del morador o que permanece indebidamente en el domicilio o morada ajeno. Lo mismo ocurre en los delitos en que la acción consiste en tener algún objeto prohibido (por ejemplo, art. 563 y ss. del Cód. Penal —armas o explosivos—) o en atribuirse una dignidad o título que no se posee o funciones que no competen al sujeto (art. 403, Cód. Penal).

Esto rige también para los delitos llamados de peligro abstracto que —como vimos—[166] no se diferencian de los de pura actividad.

En estos delitos no es necesario verificar la existencia de un resultado (de lesión o de peligro) y, por tanto, tampoco cabe plantear la cuestión de la imputación objetiva.

— § 47 —

EL TIPO SUBJETIVO DEL DELITO DOLOSO

593. — La tipicidad del delito doloso depende no sólo de la realización del tipo objetivo, sino, además, de la realización del tipo subjetivo, es decir, fundamentalmente del dolo del autor. Se trata del complemento que permite imputar el hecho no sólo objetivamente, sino también *subjetivamente*. Es claro que en la acción se dan elementos *exteriores* (objetivos) y elementos *interiores* (subjetivos). Este aspecto subjetivo constituye el *"tipo subjetivo"*. Sin embargo, los elementos subjetivos *no son cognoscibles directamente*, sino a través de los elementos externos que objetivan un contenido psíquico del comportamiento. Al respecto es muy ilustrativa la elaboración jurisprudencial del llamado *animus neccandi* (dolo del homicidio). El Tribunal Supremo ha establecido en múltiples precedentes[167] que el que el autor dirigiese su acción a producir la muerte o sólo a lesionar a la víctima depende de una serie de factores externos que acompañan la realización del hecho (por ejemplo: si el autor dirigió el disparo a una zona vital de la víctima cabe inducir que su propósito era matarla).

166 Cfr. *supra*, § 45, *a*).

167 Cfr. entre muchas otras: *SSTS* del 21/2/94; 19/5/94 con mayores indicaciones jurisprudenciales.

594. — En el delito doloso el elemento subjetivo más importante es el dolo. Pero el tipo subjetivo no se agota necesariamente en él, pues hay tipos penales que requieren además del dolo alguna finalidad trascendente de la realización de la acción —el propósito de obtener una ventaja patrimonial antijurídica en la estafa (art. 248, Cód. Penal); el autor engaña a la víctima *para* obtener la ventaja que no le corresponde; tiene dolo respecto del engaño y además un propósito que trasciende el engaño mismo—.

595. — El delito doloso se caracteriza por una coincidencia entre el tipo objetivo y el tipo subjetivo: la representación del autor propia del tipo subjetivo debe alcanzar a los elementos del tipo objetivo. En este sentido es posible afirmar que *en el delito doloso el autor obra sabiendo lo que hace*. De esta coincidencia entre lo que se ejecuta y lo que se sabe que se ejecuta surge la forma más grave de ilicitud: la del delito doloso, frente a la menos grave: la del delito imprudente.

a — El dolo

1 — La discusión en torno a la esencia del dolo

596. — Tradicionalmente las explicaciones referentes al dolo se han polarizado en las llamadas *teoría de la voluntad y teoría de la representación*[168]. La discusión afecta en primer lugar a la *esencia* del dolo y en segundo lugar a la cuestión práctica de la distinción entre el dolo y la culpa (especialmente entre el dolo eventual y la culpa consciente)[169].

597. — La *teoría de la voluntad* entendía que la esencia del dolo era la voluntad de realización del hecho; su principal problema consistía en determinar cuándo el autor que se había representado el resultado y que había actuado con esta representación había obrado vo-

[168] Jiménez de Asúa, *Tratado de derecho penal. Parte general*, t. V, nº 1558 y siguientes.

[169] Engisch, *Untersuchungen über Vorsatz und Fahrlässigkeit im Strafrecht*, 1930, p. 126 y siguientes.

luntariamente o no (es decir, dolosamente o no). La teoría de la voluntad recurrió para ello a diversas exigencias (la ratificación del resultado, el asentimiento, el consentimiento, la indiferencia, etcétera). Las dificultades de probar estas exigencias se pusieron rápidamente de manifiesto en la jurisprudencia, que durante largo tiempo partió de esta teoría, aunque fue reduciendo cada vez más las exigencias de los elementos que debían demostrar la existencia de la voluntad[170].

598. — La *teoría de la representación*, por el contrario, considera que la esencia del dolo radica en la "no motivación del autor por la representación de la realización del tipo"[171]. A su vez esta teoría ha tenido problemas para determinar el grado de probabilidad con el que el autor se ha tenido que representar la realización del tipo para poder afirmar que ha obrado con dolo.

599. — Ambas teorías han terminado coincidiendo prácticamente en sus resultados prácticos y por ello la discusión ha perdido gran parte de su significación[172]. Una demostración de ello se percibe en la jurisprudencia del Tribunal Supremo[173].

2 — La noción del dolo

600. — El Código no contiene una definición directa del dolo. Sin embargo, se puede afirmar que las reglas del error de tipo contienen, de una manera indirecta, una *definición del dolo*; en tanto el error excluye el dolo, un concepto es la contrapartida del otro[174]. Por lo tanto, una correcta comprensión de los problemas del error es imposible sin considerar previamente la noción de dolo. El dolo se caracteriza básicamente por el *conocimiento de los elementos del tipo objetivo,* es decir, *de los elementos que caracterizan la acción como generadora de*

170 Sobre la jurisprudencia más antigua del Tribunal Supremo ver Jiménez de Asúa, *Tratado de derecho penal. Parte general*, t. V, nº 1553.

171 Frank, en "ZStW" 10 (1890), p. 189 y siguientes.

172 Engisch, *Untersuchungen über Vorsatz und Fahrlässigkeit im Strafrecht*, 1930, p. 140 y ss.; Roxin, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 1992, t. I, nº 61, 1ª.

173 Cfr. *STS* del 23/4/92 (caso del "aceite de colza").

174 Cfr. en este sentido una justificación en las reglas de la prueba, Pérez del Valle, en "Revista de Derecho Procesal", 1994 (2), p. 413 y siguientes.

un peligro jurídicamente desaprobado que afecta de manera concreta un determinado objeto protegido. Quien conoce el peligro concreto generado por su acción riesgosa para otra persona, obra con dolo, pues *sabe lo que hace*. Por el contrario, si ignora la creación de este peligro concreto de realización del tipo objetivo o tiene un error sobre el mismo obrará imprudentemente (ver art. 14). En la dogmática española este punto de vista reconoce antecedentes sobre todo en el concepto de dolo propuesto por Jiménez de Asúa ya en 1929, reformulada luego en su *Tratado*[175]: "Es dolosa la producción de un resultado típicamente antijurídico (...) cuando se realiza con conocimiento de las circunstancias de hecho que se ajustan al tipo y del curso esencial de la relación de causalidad existente entre la manifestación de voluntad y el cambio en el mundo exterior (o de su mutación)". Jiménez de Asúa agregaba, como se sabe, el conocimiento de la antijuridicidad; pero actualmente el texto del art. 14.3 del Cód. Penal excluye este elemento del concepto de dolo[176].

601. — En la jurisprudencia esta noción ha sido ya implícitamente aplicada en la *STS* del 27/12/82 (caso "Bultó"), en la que, indudablemente, el Tribunal Supremo apreció la concurrencia de dolo, dado que los autores eran conscientes del peligro concreto que generaban con su acción[177]. El conocimiento del peligro concreto de la acción importa, al menos, una muestra de la *indiferencia* del autor. En la *STS* del 26/12/87 se estableció también que tal indiferencia del autor fundamentaba el dolo sin más, cuando éste había conocido el peligro generado por su acción. Este punto de vista se consolidó especialmente en la *STS* del 24/10/89 en la que claramente se habla de la *"teoría que podríamos denominar de la peligrosidad* (...) que distingue entre peligro representado 'en abstracto' y peligro representado 'en concreto', pudiéndose hablar en el primer supuesto de simple acción culposa y en el segundo de delito con dolo...". En las *STS* del 8/2/88 y 30/3/88 el Tribunal precisó que el elemento volitivo del dolo era de apreciar

[175] Jiménez de Asúa, *Tratado de derecho penal. Parte general*, 3ª ed., 1976, t. V, p. 417.

[176] Otro punto de vista Mir Puig, *Derecho penal. Parte general*, 4ª ed., 1996, p. 565.

[177] Coincidentes con el punto de vista del Tribunal Supremo, Muñoz Conde - García Arán, *Derecho penal. Parte general*, 1993, p. 251.

cuando el autor no había estado sometido a "causas que eliminen la soberana decisión del agente" (*STS* del 8/2/88) y que "voluntaria es toda acción espontánea, no determinada por fuerza o coacción exterior" (*STS* del 30/3/88). Así el elemento volitivo del dolo se redujo al máximo: voluntad habrá siempre que el autor no haya obrado coaccionado. Dicho de otra manera, en la jurisprudencia la distinción entre dolo y culpa ya no depende de la comprobación de la voluntad; sólo puede depender del conocimiento o desconocimiento del autor.

602. — Estos precedentes se concretaron en la *STS* del 23/4/92 (síndrome tóxico), en la que, sobre la base de ellos, se afirmó que "obrará con dolo el autor que haya tenido conocimiento de dicho peligro concreto jurídicamente desaprobado para los bienes jurídicos, pues habrá tenido el conocimiento de los elementos del tipo objetivo, que caracterizan, precisamente, al dolo" (fundamento jurídico 3.*a*). Asimismo, en esta sentencia se sostuvo en relación al dolo eventual que "la jurisprudencia de esta Sala permite admitir la existencia del dolo cuando el autor somete a la víctima a situaciones peligrosas que no tiene la seguridad de controlar, aunque no persiga el resultado típico". En conclusión, afirma la sentencia comentada, "el dolo eventual no se excluye simplemente por la esperanza de que no se producirá el resultado o porque éste no haya sido deseado por el autor" (...) pues "en tales supuestos, en realidad, su acción no es sino una manifestación de su indiferencia respecto de unos resultados, cuya producción se ha representado como no improbable".

603. — La misma evolución *mutatis mutandis* ha seguido la doctrina, en la que se percibe un notorio alejamiento de la teoría del consentimiento o asentimiento (es decir, de la concepción del dolo de la teoría de la voluntad). También en ella se ha partido de la teoría de la voluntad y del consentimiento, excluyendo el dolo por la simple "esperanza" del autor en que el resultado no se produzca[178]. A lo largo del desarrollo dogmático se percibe en la actualidad una considerable tendencia a reducir al máximo, y, en realidad, prácticamente a excluir, el elemento volitivo del dolo. Por un lado, se ha postulado la

[178] Antón Oneca, *Derecho penal. Parte general*, 2ª ed., 1986, p. 227 y siguientes.

teoría de la probabilidad, que presupone un dolo reducido a la representación del sujeto[179]. Por otro, se propuso dar por cumplidas las exigencias del momento volitivo cuando el autor simplemente haya sido indiferente frente a la representación de la producción del resultado[180]. Otros autores, en la misma línea, sugieren mantener la teoría de la voluntad, pero en una versión denominada *"teoría restringida del consentimiento o aceptación"* que viene a considerar, como la *STS* del 23/4/92 (síndrome tóxico), que "la restricción más usual e importante consiste en considerar que la aceptación (o consentimiento o similares) no se excluye por una confianza irracional e infundada en la no producción del hecho"[181]. También, en la misma dirección de la *STS* del 23/4/92, se encuentra el punto de vista que considera que el dolo (eventual) requiere un "querer" o "aceptar", pero que "dicha forma de querer concurre necesariamente siempre que se impulsa o mantiene voluntariamente (...) la conducta que se advierte como suficientemente peligrosa en el caso concreto"[182] y que "el dolo exige conocimiento de la concreta capacidad de la conducta para producir el resultado típico fuera del marco del riesgo permitido"[183].

604. — La tradicional definición del dolo que requería para éste, además de la representación o el conocimiento de la realización del tipo (elemento cognitivo), también un elemento *volitivo* (la voluntad) ha sido puesta en duda en la dogmática más moderna[184]. La evolución en este sentido ya había comenzado en el ámbito de los delitos de omisión, en el que se consideraba que la forma más grave de éstos no se podía apoyar en una inexistente voluntad de realización[185]: el que omite *no quiere* realizar algo; *deja* que los hechos sigan su curso sin

179 En este sentido Gimbernat Ordeig, *Introducción a la parte general del derecho penal español*, 1979, p. 46.

180 Bacigalupo, *Principios de derecho penal español*, 1985, p. 135.

181 Luzón Peña, *Curso de derecho penal. Parte general*, 1996, t. I, p. 426.

182 Mir Puig, *Derecho penal. Parte general*, 4ª ed., 1996, p. 248.

183 Mir Puig, *Derecho penal. Parte general*, 4ª ed., 1996, p. 247.

184 Cfr. Frisch, *Vorsatz und Risiko*, 1983; Jakobs, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 2ª ed., 1991, p. 264 y ss.; Schmidhäuser, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 2ª ed., 1975, p. 394 y ss.; críticamente, por el contrario, Roxin, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 1992, t. I, § 12, 49 y ss.; Köhler, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 1997, p. 164 y siguientes.

185 Kaufmann, Armin, *Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte*, 1959, p. 66 y siguientes.

su intervención. En el delito activo el elemento volitivo (el querer del autor del hecho que se representa) resulta, en realidad, superfluo, dado que es evidente que quien conoce el peligro concreto generado por su acción y actúa es porque, al menos, tiene una clara actitud de menosprecio por la seguridad del bien amenazado[186].

605. — Una cuestión diversa es la que se refiere a si el autor que aprecia *erróneamente* el peligro y su carácter concreto obrará con dolo[187]. "El autor que, para sí, parte de que nada podría pasar, se decide por una conducta (subjetivamente) no peligrosa"[188]. Lo mismo ocurre con el autor que piensa que la producción del resultado es improbable, dado su acostumbramiento al riesgo. Es evidente que en tales situaciones se deben aplicar las reglas del error de tipo.

606. — En suma: *obra con dolo el que sabe lo que hace, conociendo el peligro concreto que genera su acción.* Dicho de otra manera: obra con dolo el que conoce la acción que realiza y sus consecuencias. El dolo, por lo tanto, sólo depende del conocimiento del autor de la peligrosidad concreta de la realización del tipo.

De ello se deduce que *el dolo no requiere conocimiento de la punibilidad.* El autor no necesita haber obrado con conciencia de la punibilidad de la acción que realiza, es decir, no es necesario que haya sabido que la acción que realiza está amenazada con una pena en la ley. El que ignora que no pagar los tributos fiscales está amenazado con pena en el art. 305 del Cód. Penal, obra sin embargo *con dolo*, si sabe que no satisface la deuda fiscal.

607. — El dolo tampoco requiere que el autor haya conocido la *antijuridicidad.* Ello surge con claridad del propio art. 14 del Cód. Penal, en el que se establece que el autor que ha obrado sin conocer la ilicitud del hecho, es punible con la pena prevista para el delito doloso (aunque atenuada)[189].

[186] Crítico con estas conclusiones: Frisch, *Vorsatz und Risiko*, 1983, p. 484.

[187] Sobre esta cuestión Roxin, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 1992, t. I, p. 371 y ss.; Frisch, *Vorsatz und Risiko*, 1983, p. 197.

[188] Frisch, *Vorsatz und Risiko*, 1983, p. 197.

[189] Un punto de vista diverso sostiene Mir Puig, *Derecho penal. Parte general*, 4ª ed., 1996, p. 561 y siguientes.

3 — Momento y modo del conocimiento requerido por el dolo

608. — El elemento cognitivo del dolo debe darse en el momento de la comisión del hecho y requiere un conocimiento actual, es decir, presente. No importa, y es insuficiente para acreditar el dolo, que el autor, con anterioridad a la realización del hecho, haya sabido, por ejemplo, que en el lugar donde ahora cree que hay una liebre —sobre la que quiere disparar— había otra persona. Si en el momento del disparo creyó que lo hacía sobre una liebre no habrá dolo. Naturalmente que ello no implica nada todavía sobre la eventual responsabilidad culposa, cuyo análisis presupone la ausencia de dolo.

609. — El modo de conocimiento de los elementos del tipo objetivo depende, en cierto sentido, de su naturaleza. El conocimiento de los elementos descriptivos del tipo requiere, como es claro, que éstos hayan sido percibidos por los sentidos del autor. Los elementos normativos, por el contrario, no se captan por los sentidos, sino que se comprenden en su significación. El concepto de "documento" no se puede identificar con la percepción sensorial del papel en el que se hacen constar las cláusulas de un contrato. El autor debe tener conciencia de que se trata de un instrumento destinado a probar una relación jurídica determinada. Este conocimiento no debe ser técnico-jurídico; de lo contrario, sólo los juristas (y como alguien dijo, sólo algunos) podrían obrar con dolo. Se trata de lo que ha dado en llamarse "conocimiento paralelo en la esfera del lego". Otros elementos normativos que no implican una referencia a un concepto jurídico como, por ejemplo, la obscenidad en el art. 185 del Cód. Penal, se denominan "empírico-culturales" y requieren una valoración por parte del autor.

610. — En algunos casos estos elementos presentan serias dificultades para distinguir entre el conocimiento de los elementos del tipo y el de la antijuridicidad del hecho. Por ejemplo, nuevamente, en las exhibiciones obscenas del art. 185 del Cód. Penal es altamente difícil establecer si el que entiende no ofender el pudor o las buenas costumbres (aun sabiendo qué acto realiza) tiene conocimiento de los elementos del tipo, pero carece de conciencia de la antijuridicidad o de la prohibición, o si en él ya falta el conocimiento de los elementos del tipo que pertenece al dolo.

611. — Se trata de elementos (elementos de valoración total) que tienen una doble faz: "por un lado describen el hecho, pero por otro alojan en sí, al mismo tiempo, un juicio sobre la antijuridicidad"[190]. Aquí es preciso verificar si el autor ha tenido conocimiento del significado del hecho para el pudor, sin que importe el conocimiento del autor acerca del carácter prohibido de la acción. Por ejemplo: si el autor sabe que un determinado tocamiento de una parte del cuerpo de una mujer es percibido, en general, como un atentado al pudor, se habrá cumplido con la exigencia del conocimiento de los elementos del tipo objetivo; si el autor no reconoció este carácter a su acción (lesiva del pudor) faltará el conocimiento necesario para el dolo[191] de las agresiones sexuales (art. 178, Cód. Penal).

612. — En general se puede decir que, en la realización de un hecho típico, el autor no dirige su conocimiento a todas las circunstancias del tipo con igual intensidad. Por ejemplo: el art. 241.1° del Cód. Penal establece una agravación del robo cuando éste "se verifica en casa habitada, edificio o local abiertos al público, o en cualquiera de sus dependencias". En estos casos estamos en presencia de un tipo agravado del robo y la referencia al lugar es un elemento del mismo que, consecuentemente, debe ser alcanzado por el elemento cognitivo del dolo (es decir, conocido por el autor); el autor tiene en el centro de su conciencia aquello a lo que dirige primariamente su atención (el apoderamiento de la cosa y la fuerza que ejerce para lograrlo), mientras que la circunstancia de que su acción se lleve a cabo en una "casa habitada" sólo entra en su atención en forma secundaria, es decir, en un contexto inmediato, pero al margen del foco principal de aquélla. Este conocimiento, caracterizado por estar inmediatamente implícito en el contexto de la acción, aunque fuera del foco principal de la atención en el momento del obrar, es suficiente para el dolo respecto de las circunstancias típicas acompañantes del hecho y que operan como agravantes. Para esta forma de conciencia o conocimiento del dolo se ha impuesto el nombre de co-conciencia[192] o de

190 Roxin, *Offene Tatbestände und Rechtspflichtmerkmale*, 2ª ed., 1970, p. 82.
191 Cfr. además: Stratenwerth, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, n° 343.
192 Bacigalupo, *Lineamientos de la teoría del delito*, p. 49.

conciencia acompañante[193]. En todo caso, se trata de un concepto cuya elaboración se debe a Platzgummer[194].

613. — Es claro que los elementos objetivos de las circunstancias agravantes, dado que integran el tipo objetivo (sean genéricas —art. 22, Cód. Penal— o específicas —por ejemplo, la citada del art. 241,1° del Cód. Penal—, deben ser conocidos por el autor[195].

4 — Las "formas del dolo" y su superación

614. — Tradicionalmente se reconocen tres formas de dolo: el dolo *directo* (o intención), el dolo *indirecto* (o de consecuencias necesarias) y el dolo *eventual*. Las distintas formas tienen relación con la distinción entre *consecuencias principales y accesorias* de la acción. En las tres formas el autor debe haber tenido conocimiento del peligro concreto creado por su acción para la realización del tipo.

615. — En el caso del *dolo directo* las consecuencias de la acción, además de conocidas, constituyen la meta del autor, es decir, el propio autor las quiere como consecuencias principales de su acción. El dolo directo o intención, por lo tanto, es la única forma de dolo que requiere un complemento volitivo o una relación volitiva del autor con las consecuencias de su acción. Es discutible si esta forma de dolo es la única típicamente relevante cuando la ley exige que el autor haya obrado *"a sabiendas"* (por ejemplo, arts. 404 y 446, Cód. Penal).

616. — Distinta es la situación en el *dolo de consecuencias necesarias*. El autor en estos casos no dirige su voluntad a las consecuencias accesorias de su acción (Por ejemplo: un terrorista quiere matar al funcionario en cuyo coche ha puesto un explosivo; sabe que en la explosión morirá también el chófer que siempre debe acompañar a la víctima; no quiere matarlo, pero, de todos modos, ejecuta su plan sabiendo que también el chófer morirá). Como se ve aquí, la consecuen-

193 Cerezo Mir, *Curso de derecho penal español. Parte general*, 1984, t. I, p. 428.
194 Platzgummer, *Die Bewusstseinsform des Vorsatzes*, 1964, p. 81 y siguientes.
195 Cerezo Mir, *Curso de derecho penal español. Parte general*, 1984, t. I, p. 426.

cia accesoria es necesaria aunque no querida. En tanto conocida como necesaria, sin embargo, es suficiente para considerar que ha sido dolosamente producida.

617. — En el *dolo eventual* las consecuencias de la acción no perseguidas intencionalmente por el autor son, al menos, *posibles*. Sin embargo, posibles son múltiples consecuencias de una acción y, por lo tanto, la teoría y la jurisprudencia han tratado de delimitar los casos en los que se debe apreciar el dolo. Los criterios que se proponen, como se vio, tienden en la actualidad a dejar de lado las exigencias que imponía la teoría de la voluntad. Por lo tanto, el autor habrá obrado con dolo eventual cuando haya sabido que las consecuencias accesorias posibles de su acción no son improbables[196].

618. — La teoría de las formas del dolo puede considerarse superada una vez que se ha eliminado el llamado "elemento volitivo" del dolo[197]. En efecto, las distintas formas del dolo se basaban en dicho elemento volitivo. En la medida en la que todas las "formas de dolo" tienen el denominador común del conocimiento del peligro concreto ya no tiene razón de ser más que una única forma de dolo.

619. — Desde la perspectiva de este concepto de dolo resulta sumamente simple la distinción entre dolo y culpa. Las teorías tradicionales del dolo se planteaban este problema al delimitar el dolo eventual de la llamada culpa consciente o con representación, es decir, los casos en los que el autor obra teniendo conocimiento del peligro de su acción, pero confiando en que el resultado no se produciría. A partir de la concepción del dolo eventual como conocimiento de que el resultado no es improbable, sólo cabe admitir como culpa la inconsciente, es decir aquella en la que el autor no tuvo ese conocimiento[198]. Como se ha visto, la distinción entre dolo y culpa no se debe buscar en la antinomia "voluntario/involuntario", sino en el par de conceptos "conocimiento/desconocimiento".

196 Jakobs, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 2ª ed., 1991, p. 268 y siguientes.
197 En este sentido Frisch, *Vorsatz und Risiko*, p. 496 y siguientes.
198 Cfr. Bacigalupo: en CP., Doctrina y Jurisprudencia, 1997, art. 12, p. 447.

5 — La exclusión del dolo: el error sobre los elementos del tipo objetivo

620. — El dolo se excluye cuando el autor ha obrado con un error sobre los elementos del tipo objetivo, es decir, sobre la concurrencia de circunstancias y elementos que permiten conocer la existencia de un peligro concreto de realización del tipo. Si el autor ignora que detrás de una mata, sobre la que dispara con el propósito de probar el funcionamiento del revólver, hay un vagabundo durmiendo y lo mata, no habrá obrado con el dolo del homicidio, y eventualmente sólo podrá ser responsabilizado por un homicidio imprudente (art. 142, Cód. Penal). Por lo tanto, el dolo resulta excluido por un error que impida al autor conocer el peligro concreto de realización del resultado. Al respecto, carece de importancia que el error sea producto de una negligencia del autor: de todos modos excluye el dolo (aunque deje subsistente la responsabilidad por la imprudencia). Dicho con otras palabras: la razón del error es irrelevante, en todo caso excluye el dolo. Esta irrelevancia de las razones del error sobre los elementos del tipo es considerada axiológicamente, al menos, discutible[199].

621. — El error sobre los elementos del tipo objetivo está regulado en el art. 14.1 y 2 del Cód. Penal. La primera parte del texto legal se refiere al error sobre "los hechos constitutivos de la infracción"; la segunda concierne a los hechos cualificantes o circunstancias agravantes. La distinción —como hemos visto al tratar de las circunstancias— carece de toda relevancia dogmática, dado que los hechos cualificantes son elementos del tipo penal. Sorprendente, aunque, por las mismas razones, carente de significación, es la omisión de las atenuantes.

— *a* —

622. — En primer lugar el error puede recaer sobre *elementos descriptivos* o *elementos normativos* del dolo (ver art. 10, Cód. Penal). El *error sobre los elementos descriptivos* (por ejemplo, cosa, arma, etcétera) se da cuando el autor percibe (con sus sentidos) equivocada-

199 Jakobs, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 2ª ed., 1991, p. 258 y siguientes.

mente. Por ejemplo: supone que dispara sobre una cosa, cuando, en realidad, lo hace sobre una persona. (En el presente ejemplo se pone de manifiesto hasta qué punto una distinción precisa entre elementos descriptivos y normativos es en sí misma problemática). El *error sobre los elementos normativos*, por el contrario, se da cuando el autor ha carecido de una valoración que le haya permitido comprender el significado del elemento correspondiente. En estos casos se habla del *conocimiento paralelo en la esfera del lego*. Por ejemplo: el autor supone que un documento sólo puede ser un escrito firmado; en tal caso no se excluye el dolo, dado que no se requiere una *subsunción* técnico-jurídicamente correcta, sino sólo que un determinado instrumento pueda ser utilizado como medio de prueba. Los *errores de subsunción*, por lo tanto, no excluyen el dolo. Un error de subsunción se dará cuando el autor haya subsumido los hechos erróneamente desde el punto de vista jurídico, pero habiendo tenido el conocimiento propio de un lego respecto del elemento concreto.

623. — De todos modos, el error de subsunción puede asimismo ser el origen de un error de prohibición, si el autor supone que el hecho que subsume incorrectamente no está prohibido por norma alguna. Por ejemplo: el autor piensa que quitar el aire de los neumáticos de un coche no constituye daño (art. 625, Cód. Penal), y que por esa razón no está prohibido bajo amenaza de pena. La distinción entre error de subsunción y error de prohibición es, por regla, difícil. Con razón dice Roxin que los errores de subsunción "se pueden dar prácticamente respecto de todas las circunstancias normativas del tipo, toda vez que el no-jurista casi nunca logra una subsunción jurídicamente exacta"[200].

624. — El problema del *error sobre los elementos normativos* del tipo ha perdido claridad con la nueva redacción del Código Penal, pues en ésta se ha mezclado terminológicamente el error *de hecho* (art. 14.1) con el error de *prohibición* (art. 14.3). En la medida en la que los tipos penales contienen elementos normativos, que no son, como es obvio, elementos de hecho, ni lo son tampoco de la ilicitud en sentido

[200] Roxin, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, t. I, 20ª ed., 1994, p. 391.

estricto, cabe preguntarse con arreglo a qué reglas se debe tratar el error sobre los elementos normativos.

625. — Si la expresión "ilicitud" del art. 14.3 del nuevo Código Penal se entiende como comprensiva de la tipicidad y la antijuridicidad (en el sentido de "injusto" = *Unrecht*)[201], entonces nuevamente se habrá elegido una distinción inadecuada para los objetos posibles del error relevante en el derecho penal. En efecto, desde este punto de vista todos los elementos del tipo y de la antijuridicidad son elementos de lo ilícito, con lo cual el error del párrafo tercero se superpondría con el error sobre los hechos del párrafo primero, dado que éstos pertenecen a lo ilícito. Consecuentemente, "ilicitud", en el sentido del art. 14.3 del nuevo Cód. Penal, se debe entender como sinónimo de antijuridicidad, pues de lo contrario no sería posible distinguir dos especies de error con distintas consecuencias jurídicas, como ha pretendido el legislador. Ello impide, al mismo tiempo, considerar el error sobre los elementos normativos como un error sobre la "ilicitud".

626. — Tampoco resolvería el problema retornar a la superada distinción error de hecho/error de derecho: *no todos los elementos normativos son conceptos jurídicos*[202]. Sin perjuicio de ello, retomar dicha distinción implicaría desconocer que "la distinción decisiva de ambas especies de error no se refiere a la oposición hecho-concepto jurídico, sino a la distinción tipo-antijuridicidad"[203].

627. — Por lo tanto, es claro que el art. 14 del nuevo Cód. Penal guarda silencio sobre el tratamiento que se debe dar a los elementos normativos del tipo (por ejemplo: *"ajenidad"* de la cosa en el art. 234 del nuevo Cód. Penal; *"dignidad de la persona"*, *"fama"*, *"propia estimación"* en el art. 208; *"exhibición obscena"*, en el art. 185).

[201] Welzel, *Das Deutsche Strafrecht*, 11ª ed., 1969, p. 48 y ss.; Bacigalupo, *Principios de derecho penal*, 3ª ed., 1994, p. 90 y ss.; Cerezo Mir, *Curso de derecho penal español. Parte general*, 2ª ed., 1984, t. I, p. 390 y siguientes.

[202] Cfr. Mezger, *Strafrecht, ein Lehbuch*, 3ª ed., 1949, p. 192, donde distingue tres clases de elementos normativos: "elementos de juicio de sentido judicial", "elementos con valoración judicial" y "elementos de valoración cultural". Estos últimos no son jurídicos en sentido estricto.

[203] Welzel, *Das Deutsche Strafrecht*, p. 166; sin embargo: Kuhlen, *Die Unterscheidung von vorsatzausschließenden und nichtvorsatzausschließenden Irrtum*, 1987.

628. — Ante tal situación caben dos soluciones:

1. Considerar que el legislador ha entendido irrelevante el error sobre los elementos normativos. Pero esto sería evidentemente absurdo: ¿por qué razón iba el legislador a excluir la relevancia del error sobre los elementos normativos? Nadie ha postulado este punto de vista, pues no existe una razón objetiva que legitime la exclusión de la relevancia del error sobre los elementos normativos: el autor que no sabe que se apodera de un objeto material está en la misma situación que el que ignora que ese objeto es ajeno.
2. Aplicar por analogía al error sobre los elementos normativos las reglas del error de tipo o las del error de prohibición. Es innecesario aclarar que tal analogía no está prohibida por el principio de legalidad (art. 25.1, *CE*), pues opera *in bonam partem*[204]. Lo problemático es deducir cuál de las dos analogías posibles es la correcta, pues los elementos normativos son, como su nombre lo indica, normativos, como la ilicitud, pero también son elementos del tipo como los elementos descriptivos, es decir, los hechos.

629. — La solución depende de la incidencia del error sobre los elementos positivos del delito. En este sentido, es claro que quien tiene un error sobre un elemento normativo no tiene el conocimiento de todos los elementos del tipo y, por lo tanto, la analogía se da con el error de tipo y no con el error de prohibición, dado que el error del autor no afecta a su conocimiento de la relación entre el hecho y el derecho.

630. — Esta tesis se confirma por el propio texto legal. El art. 14 del nuevo Cód. Penal en su párr. 2 establece que el error sobre "una circunstancia agravante" impedirá su apreciación. Esto demuestra que el legislador ha considerado relevante como error de tipo también el que recae sobre los elementos normativos del tipo, pues las agravantes forman parte (accidental) del mismo y contienen, por lo general, elementos normativos (por ejemplo: "aumento *inhumano*

[204] Cfr. por todos Jiménez de Asúa, *Tratado de derecho penal. Parte general*, 4ª ed., 1964, t. II, p. 522 y siguientes.

del sufrimiento de la víctima", "reincidencia", "precio, recompensa, promesa"). No existe ninguna razón para admitir el error sobre los elementos normativos cuando forma parte de los complementos accidentales del tipo y no cuando pertenecen a la estructura permanente del mismo. En suma: la falta de concepto con la que ha operado el legislador en relación al error de tipo no debe producir ningún cambio fundamental en relación a la aplicación del art. 6 *bis a*) del anterior Código.

— *b* —

631. — También son cuestiones especiales del error sobre los elementos del tipo los que se refieren a la desviación del desarrollo del suceso *(error in personam, aberratio ictus, dolus generalis)*. En todos estos supuestos se da una divergencia entre el curso causal que el autor se representó en el momento de la acción y el que realmente ocurrió: en la medida en la que la producción causal del resultado sea un elemento del tipo, la causalidad debe ser objeto del conocimiento del dolo (por tanto, esta cuestión sólo se presenta en delitos de resultado de lesión).

632. — Los casos de *error in personam* no constituyen verdaderos casos de error sobre el desarrollo del suceso y, por tanto, no deberían tratarse como tales[205], pues en ellos no hay desviación alguna. Una desviación del desarrollo del suceso presupone que el objeto alcanzado por la acción no sea aquél sobre el que se dirige la misma. Esto no es lo que ocurre en el *error in personam*, que, como es sabido, sólo es un error sobre la identidad (sobre el nombre) del sujeto pasivo. "Aquí —dice acertadamente Stratenwerth[206]— el desarrollo del suceso se corresponde totalmente con el esperado". En efecto, el autor dirige su acción sobre una persona y alcanza a una persona de la manera en la que quiere hacerlo. El error sobre la identidad es irrelevante porque la identidad de la víctima no es, por regla, elemento del tipo.

[205] Cfr., sin embargo, Jakobs, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 2ª ed., 1991, p. 247; Rudolphi, en *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 6ª ed., 1995, §§ 16, 29 y siguientes.

[206] Stratenwerth, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, nº 286.

633. — En los demás supuestos, la cuestión ha adquirido una nueva orientación. Tradicionalmente, la excesiva extensión del nexo causal, determinado a través de la teoría de la equivalencia de condiciones, encontró sus límites en el dolo (al menos, por lo general). La causalidad material entre un puñetazo y el resultado de muerte ocurrido como consecuencia del incendio del hospital en que se practicaba a la víctima una sencilla curación, no ofrecía dificultad alguna para afirmar la causalidad desde el punto de vista de la *conditio sine qua non*. Sin embargo, la responsabilidad dolosa se limitaba a las lesiones causadas por el puñetazo, pues el resultado de muerte representaba una desviación esencial del nexo causal. La esencialidad de la desviación de la causalidad ocurrida con relación a la pensada por el autor se debía comprobar según el criterio de la causalidad adecuada. Por tanto, el dolo alcanzaba a los resultados producidos "dentro del marco de lo previsible según la experiencia vital general"[207].

634. — Este esquema sufre modificaciones, o por lo menos puede sufrirlas, si se parte de la teoría de la imputación objetiva, que —como se sabe— reemplaza el criterio de la causalidad por el de la atribución del resultado a la acción en función de criterios de selección normativos. En otras palabras: de las relaciones causales sólo se admiten como relevantes para la tipicidad aquellas que son compatibles con la naturaleza de lo injusto (personal) y los fines del derecho penal. La imputación objetiva, en consecuencia, requiere la verificación de que el resultado sea la realización del peligro jurídicamente desprobado creado por la acción[208]; el problema de la desviación esencial del curso del suceso, por lo tanto, tendrá lugar ya en el tipo objetivo y se debería resolver en el momento de establecer la imputación objetiva[209].

[207] Rudolphi, en *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 6ª ed., 1995, §§ 16 y 31; Welzel, *Das Deutsche Strafrecht*, p. 73 y siguientes.

[208] Rudolphi, en *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 6ª ed., 1995, § 1, nros. 38 y ss.; Schmidhäuser, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 2ª ed., 1975, p. 220 y ss.; Jakobs, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 2ª ed., 1991, p. 155 y siguientes.

[209] Rudolphi, en *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 6ª ed., 1995; Stratenwerth, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, nº 278; sobre todo, Wolter, en "ZStW", 89 (1977), p. 702; otro criterio, Jakobs, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 2ª ed., 1991, p. 241, nota 139. En España, Torío López, en "Anuario de Derecho Civil y Ciencias Penales", 1983.

635. — Según algunos autores[210], el tratamiento de estos casos en el tipo objetivo o en el tipo subjetivo (como problema de error sobre el nexo causal) suele no conducir a soluciones diferentes. Sin embargo, no parece (aunque sea tal vez prematuro dar una opinión definitiva) que se trate de una discusión sin trascendencia práctica.

636. — En lo referente a los casos de *aberratio ictus* existe acuerdo en considerar que en estos supuestos el autor proyecta una acción sobre un objeto determinado, pero, a causa de la deficiente realización de la misma, ésta recae sobre otro objeto de la misma especie. Por ejemplo: "A" quiere matar a "B", pero como consecuencia de su mala puntería la bala da en "C", a quien no quería matar. En estos casos, la opinión dominante sostiene que "A" debe responder por tentativa de homicidio respecto de "B", en concurso ideal con homicidio culposo respecto de "C". De esta solución se apartan pocos autores; éstos proponen incluir el resultado de muerte de "C" en el dolo de "A", por estimar que la desviación del desarrollo de los hechos está dentro del marco de la causalidad adecuada[211]. Frente a este punto de vista se propone distinguir los casos de *aberratio ictus* de los de *dolo alternativo*, según que el resultado se haya producido sobre un segundo objeto que el autor no tenía a la vista (*aberratio ictus* = tentativa y delito imprudente) o que el resultado haya tenido lugar en un objeto que también tenía a la vista. En este último caso se debe admitir el llamado *dolo alternativo* cuando el desarrollo causal no era improbable[212]. En este sentido se ha pronunciado la *STS* del 14/2/93.

637. — La cuestión depende, como se ve, de si el autor ha tenido o no un conocimiento del desarrollo del suceso que sea suficiente como para permitir afirmar que el resultado acaecido sobre un objeto similar, pero que no es la meta de su acción, debe imputársele a título de dolo. En este sentido, resulta sin duda suficiente para el dolo del au-

[210] Por ejemplo, Stratenwerth, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, nº 276; sobre el estado de la discusión, ver también Maiwald, en "ZStW" 85 (1973), p. 867 y siguientes.

[211] Welzel, *Das Deutsche Strafrecht*, p. 73; también Herzberg, *Die Unterlessung im Strafrecht und das Garanten prinzip*, 1972, p. 877, piensa que es suficiente la "conciencia acompañante" para el dolo respecto del resultado realmente producido.

[212] Cfr. Jakobs, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 2ª ed., 1991, p. 269 y siguientes.

tor con su conocimiento de la posibilidad del resultado proveniente de su experiencia: debe preferirse, en consecuencia, la solución que sanciona, en los casos similares al ejemplo propuesto, con la pena del delito doloso.

Contra esta solución se objeta que el autor no tuvo, en tales supuestos, "una voluntad general de matar a alguien"[213]. Pero este argumento es más aparente que real: para el dolo basta con la voluntad de matar a alguien, pues es ya voluntad de matar a otro.

638. — En la doctrina española se han defendido las dos soluciones[214]. También se sostiene que en los casos de *aberratio ictus* debería distinguirse según que el resultado realmente producido sea igual al querido o más grave que éste (en su caso, menos grave)[215]. Tal distinción no parece acertada, pues en los casos en los que el autor produce un resultado de diferente gravedad no se presentan los problemas propios de los de *aberratio ictus*. En tales supuestos estamos, en realidad, ante un error sobre una circunstancia modificadora de la punibilidad (agravante o atenuante) para el que deben regir las reglas generales referentes a tales circunstancias.

639. — Otro supuesto que se debe considerar aquí es el de la *consumación anticipada*, junto al que también cabe hacer referencia al del llamado *dolus generalis*. Se trata, en verdad, de hipótesis, en un cierto sentido, inversas. Hablamos de consumación anticipada cuando la desviación entre el desarrollo producido y el pensado por el autor consiste en que el resultado se produce antes del momento en que el autor planeaba producirlo; por ejemplo: la enfermera "X" quiere matar al inválido "Z", poniéndolo previamente en estado de inconsciencia, para lo cual le aplica una inyección con un fuerte somnífero; "Z" muere a consecuencia de un *shock* que le produce el somnífero y

[213] Rudolphi, en *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 6ª ed., 1995, § 16, 33.

[214] Gimbernat Ordeig, *Introducción a la parte general del derecho penal español*, 1979, p. 50, con indicaciones bibliográficas.

[215] Cobo del Rosal -Vives Antón, *Derecho penal. Parte general*, 2ª ed., 1987, p. 245; Mir Puig, *Lecciones*, p. 68 y ss.; Gómez Benítez, *Lecciones*, p. 244. Por el contrario, no distinguen, Jiménez de Asúa, *Tratado de derecho penal. Parte general*, 4ª ed., 1964, t. II; Rodríguez Devesa, *Derecho penal español. Parte general*, 5ª ed., 1976, p. 597.

antes de que "X" lo estrangule como pensaba. Por una parte se sostiene que si el resultado ha sido producido por una acción que, por lo menos, constituye comienzo de ejecución de la acción típica, se debe apreciar una desviación no esencial del desarrollo del suceso[216]. En contra, se sostiene que "el autor no conoce en esos casos ni siquiera las condiciones del resultado, por lo que realiza un riesgo que no le es conocido"[217]. La primera posición merece preferencia, porque una vez que el autor puso en acción su voluntad de realizar el tipo, la consumación ocurrida antes de lo previsto es, por regla general, irrelevante, inclusive para el propio autor. La pérdida de la posibilidad de desistir en contra del autor no es merecedora de protección.

640. — Diversa es la cuestión en los llamados casos de *dolus generalis*. En ellos el autor cree haber consumado ya el delito que quería consumar, cuando en realidad ello no ha ocurrido todavía; la consumación tiene lugar posteriormente, cuando el autor realiza una nueva acción en la que no sabe que está consumando el delito. Por ejemplo: "A" golpea muy fuertemente a "B" en la cabeza y cree haberlo matado; luego trata de simular un suicidio anudándole un cable en el cuello; la autopsia determina que la muerte fue causada por el estrangulamiento y no por los golpes iniciales, como lo creyó "A". Los partidarios del *dolus generalis* (un dolo cuya amplitud permitiría abarcar todo el suceso) suponen en estos casos la existencia de un único delito consumado doloso. Sin embargo, la mayoría piensa que se debe apreciar una tentativa de homicidio en el primer tramo (porque el autor dirige su acción a lograr la muerte, resultado que no se produce por razones ajenas a él), mientras que en el segundo tramo se responsabiliza al autor por homicidio culposo (ya que produce la muerte sin saberlo, y ésta era evitable si hubiera observado el cuidado exigido frente al bien jurídico). La tentativa de homicidio y el homicidio imprudente concurren materialmente (concurso real). Esta solución es la preferible, ya que en el momento de producir el resultado el autor no dirige a él su acción y no sabe de la realización del tipo.

[216] Rudolphi, en *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 6ª ed., 1995, § 16, 34; Stratenwerth, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, nº 283.

[217] Jakobs, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 2ª ed., 1991, p. 245; Herzberg, *Die Unterlessung im Strafrecht und das Garanten prinzip*, 1972, p. 883.

641. — Este mismo punto de vista ha sido expuesto por la *STS* del 14/11/80, en la que se juzgó el supuesto de hecho que nos ha servido de ejemplo. En ella se afirma que, dada "la creencia de que actuaba sobre una persona muerta, es claro que debe ser excluida su responsabilidad a título de dolo, pero no eximido de 'toda' responsabilidad porque su error ha sido consecuencia de grave imprevisión al no tomar las elementales precauciones para cerciorarse de la muerte de la víctima que pertenecen a la común experiencia, imprevisión de la que arranca su responsabilidad por culpa de un error vencible".

I — El error sobre las circunstancias que agravan o atenúan la pena

642. — Si el autor obra desconociendo una circunstancia cuya concurrencia determina una agravación de la pena, la agravación no tendrá lugar. Así lo dispone el art. 14.2 del Cód. Penal. Las circunstancias agravantes a las que se refiere esta disposición pueden estar previstas en forma expresa en el tipo del delito particular (por ejemplo, las circunstancias que agravan las lesiones del art. 148, o las circunstancias que agravan el robo —art. 242.2—) o en forma genérica en la parte general del Código Penal (art. 22). En esta última categoría entran naturalmente en consideración aquellas en las que el efecto agravante depende de circunstancias objetivas que deben haber sido conocidas por el autor. El texto no ha regulado —como lo hace el § 16.2° del Cód. Penal alemán— la cuestión que plantea el error consistente en la falsa suposición de un elemento con efectos atenuantes. Por ejemplo: el autor supone erróneamente las causas objetivas que generan su estado pasional (la mujer cree haber visto a su marido con otra mujer y lo agrede en una reacción producida por los celos), art. 21.3ª, Cód. Penal español.

643. — En estos casos, se debe sancionar por la realización del delito doloso atenuado, es decir, por el que el autor creyó cometer, pues sólo al tipo de este delito se extiende el dolo del autor (así, el § 16.2° del Cód. Penal alemán).

Pero además debe sancionárselo por la realización imprudente del delito no atenuado, cuyo tipo objetivo se ha cumplido íntegramente: a la mujer del ejemplo propuesto debería sancionársela con la

pena del delito de lesiones atenuadas en concurso ideal con lesiones imprudentes (arts. 147 y 152, Cód. Penal español)[218].

644. — Si se produjera la situación inversa, es decir, que el autor supone cometer el tipo básico, pero realiza el atenuado, la solución requiere tener presente que aquél sólo ha cometido el tipo objetivo del tipo atenuado y, por tanto, éste debe ser el único fundamento de su responsabilidad. Si se admite, al menos a los efectos de la ejemplificación, que el delito de hurto en su configuración actual distingue un tipo básico (art. 234), uno agravado (arts. 234 y 235.3), en el que la agravación depende del valor del objeto de la acción, y uno privilegiado (la falta de hurto del art. 623.1 del Cód. Penal), podría darse el siguiente ejemplo: "A" cree apoderarse de una pieza de arte que supone de un valor de 500.000 pesetas, pero en realidad se apodera de un objeto que no llega a las 50.000 pesetas; el tipo objetivo realizado es la falta: "A" se apoderó de un objeto de valor que no supera las 50.000 pesetas, y lo hizo sabiendo lo que hacía, por lo cual se da también el tipo subjetivo de la falta de hurto (art. 623, Cód. Penal). Por otra parte, quiso realizar el tipo del art. 234 del Cód. Penal, pues tenía en miras apoderarse de una cosa de valor superior a las 50.000 pesetas; en consecuencia, este delito no se consumó por razones que no son su propio y voluntario desistimiento (art. 16, Cód. Penal), por lo cual debe admitirse tentativa del delito básico en concurso *ideal* con el delito privilegiado consumado[219].

II — Las consecuencias jurídicas del error de tipo

645. — El error sobre los elementos del tipo excluye el dolo en todos los casos, ya que éste requiere el conocimiento de los elementos del tipo objetivo. Por tanto, un error de tipo tendrá en todos los casos, por consecuencia, la exclusión de la *pena del delito doloso*. Si el error sobre los elementos del tipo hubiera sido vencible (evitable), "la infracción será castigada, en su caso, como *imprudente*" (art. 14.1, Cód.

[218] Jakobs, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 2ª ed., 1991, p. 249; Schönke - Schröder - Cramer, *Strafgesetzbuch, Kommentar*, § 16, nº 27; Jescheck, *Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil*, p. 231.

[219] Ver nota anterior.

Penal). El error sobre los elementos del tipo es evitable cuando el autor, observando el cuidado exigido, hubiera podido conocer correctamente las circunstancias ignoradas o falsamente representadas. La relación entre observancia del cuidado y conocimiento o correcto conocimiento debe ser prácticamente segura. Por otra parte, la determinación del cuidado exigido debe hacerse en función de la capacidad individual en las circunstancias concretas de la acción, pues el texto legal dice que a tales fines deberá atenderse a las "circunstancias del hecho y (a) las personales del autor". Así se ha dado paso en la ley a un significativo apoyo al punto de vista que exige en el delito culposo un deber individual de cuidado (determinado por las capacidades y conocimientos del autor), por oposición a un deber objetivo de cuidado. La referencia a las circunstancias personales en el art. 14 del Cód. Penal tiene una importante significación dogmática en el ámbito del delito imprudente (ver comentario al art. 12).

b — Los supuestos elementos subjetivos de la autoría

646. — El disvalor de la acción del delito doloso, que brinda la materia del tipo subjetivo de estos ilícitos penales, puede no agotarse en el dolo. En ciertos casos se requiere, además del conocimiento y voluntad de la realización del tipo, que el autor haya realizado el hecho típico con una determinada intención, una determinada motivación o un determinado impulso[220].

647. — La aparición en el momento de la tipicidad de elementos subjetivos de esta naturaleza corresponde a un desarrollo de la ciencia jurídico-penal alemana[221], que, introducida en la ciencia hispa-

[220] Cerezo Mir, *Curso de derecho penal español. Parte general*, 1984, t. I, p. 408 y ss.; Gimbernat Ordeig, *Introducción a la parte general del derecho penal español*, 1979, p. 47; Rodríguez Mourullo, *Derecho penal. Parte general*, t. I, p. 254 y ss.; Rodríguez Devesa, *Derecho penal español. Parte general*, 5ª ed., 1976, p. 391; Cobo del Rosal-Vives Antón, *Derecho penal. Parte general*, 2ª ed., 1987, t. II, p. 65; Jiménez de Asúa, *La ley y el delito*, p. 255; Polaino Navarrete, *Los elementos subjetivos de lo injusto en el Código Penal español*.

[221] Jescheck, *Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil*, p. 253 y ss., con referencias histórico-dogmáticas.

noparlante por Jiménez de Asúa[222], es compartida en forma prácticamente unánime[223].

648. — En un primer supuesto estos elementos subjetivos consisten en una intención especial. En este caso se trata de una meta perseguida por el autor que está más allá de la realización del tipo objetivo. Por ejemplo: en el delito de falsificación de documentos (art. 302 y ss., Cód. Penal) no sólo se requiere que el autor haya tenido conocimiento y voluntad de falsificar el documento, sino que, además, es preciso que lo haya hecho con intención de engañar. Lo que diferencia estas intenciones especiales del dolo directo es que aquí son relevantes para lo ilícito penal aquellos objetivos que el autor quiere alcanzar mediante la realización del tipo, mientras que en el dolo directo el único fin relevante para el derecho penal es la realización del tipo mismo. Por ejemplo: no es relevante para lo ilícito del homicidio que el autor haya matado a la víctima para privar de un buen elemento a una empresa competidora.

649. — En otros casos la ley requiere un especial motivo del autor, lo que es difícilmente diferenciable de una especial intención[224] (por ejemplo, art. 139.2 del Cód. Penal).

c — Elementos del ánimo

650. — La teoría distingue estos especiales elementos subjetivos de la autoría de los llamados del ánimo o de la actitud. Como ejemplo de ellos se menciona la "crueldad" (art. 406.5°, Cód. Penal).

651. — Las definiciones dadas en la teoría a este respecto difieren sustancialmente. Mientras Stratenwerth piensa que se trata de un "juicio de valor general sobre el conjunto del suceso exterior e inte-

222 Cfr. Jiménez de Asúa, *La ley y el delito.*

223 Cfr. Gimbernat Ordeig, *Introducción a la parte general del derecho penal español*, 1979.

224 Stratenwerth, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, n° 325.

rior, de la situación de la acción y de los fines de la acción"[225], Jescheck estima que "no consisten en un juicio de valor ético-social, sino en el aspecto subjetivo de elementos especiales de lo ilícito"[226]. Por su parte, Schmidhäuser[227] distingue en estos elementos unos que sólo modifican la culpabilidad y otros que ya modifican lo ilícito. Se trataría, a su juicio, de "elementos del hecho punible, que denotan directamente un comportamiento del autor contrario a los valores morales autor en relación al hecho ilícito". Dicho de otra manera: estamos en presencia de la lesión de un valor que se suma a la del bien jurídico.

— § 48 —

El tipo subjetivo del delito imprudente

652. — Como se ha visto, el tipo subjetivo reúne los elementos personales, correspondientes al *sujeto*, de la infracción penal. En este sentido, es posible hablar de un tipo subjetivo del delito imprudente en la medida en la que la imprudencia tiene un carácter individual. La distinción entre tipo objetivo y tipo subjetivo no tiene aquí la misma significación que en el delito doloso, pues mientras en éste debe existir una correspondencia entre lo ocurrido y lo que el autor sabía que ocurriría, en el delito imprudente el autor ignora negligentemente que realiza el tipo. El fundamento de la punibilidad del delito es el desprecio que el autor demuestra respecto de los bienes jurídicos ajenos, sea que no ha pensado en la lesión que causa o porque supone falsamente que su acción no causará lesión alguna.

a — El derecho vigente

653. — El nuevo art. 12 del Cód. Penal introduce una innovación necesaria en el sistema penal del delito imprudente o culposo. El anterior Código preveía un sistema de *numerus apertus*, que, en princi-

[225] Stratenwerth, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, nº 322; en sentido análogo, Welzel: *Das deutsche Strafrecht*, p. 79.

[226] Jescheck, *Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil*, p. 257.

[227] Schmidhäuser, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 2ª ed., 1975, p. 246 y siguientes.

pio, permitía sancionar como imprudente cualquier delito. Ya al ser sancionado el Código de 1848 este sistema legislativo del delito culposo estaba desacreditado. Como prueba basta mencionar la nota V de Mittermaier al § 55 del *Lehrbuch* de Feuerbach[228], en la que se hace constar que nunca se ha podido demostrar que en el derecho común la culpa haya sido en todos los casos suficiente fundamento para la punibilidad y quetal punto de vista no sería correcto, como lo demostraba entonces la opinión científica dominante. Con esta decisión el legislador ha hecho ingresar el derecho penal español en el derecho penal moderno y homologándolo al derecho europeo vigente en materia de delitos imprudentes[229].

654. — A diferencia de otros derechos europeos (Cód. Penal austriaco, § 6; Cód. Penal italiano, art. 43; Cód. Penal portugués, art. 15) el legislador español, con buen criterio, no ha definido la imprudencia. Sin embargo, el art. 14 establecía un punto de partida para la comprensión del concepto de imprudencia, dado que allí se prevé que la infracción será castigada como imprudente cuando, "atendidas las circunstancias del hecho y las personales del autor", el error de tipo[230] fuera evitable. De aquí es posible deducir que —como lo sostiene una pujante tendencia de la dogmática actual— *la imprudencia es básicamente un supuesto de error de tipo.* Este punto de vista se sostiene desde antiguo en la dogmática de la culpa y fue defendido ya por von Liszt (ver más adelante). En la actualidad es sobre todo representado por Jakobs[231] y es consecuencia de un largo desarrollo histórico dogmático del concepto de culpa.

b — Evolución de la dogmática de la imprudencia

655. — La imprudencia se caracterizó, en primer lugar, como una *forma de culpabilidad* y, por lo tanto, bajo la influencia de la llamada

[228] Mittermaier, notas a Feuerbach, *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gultigen peinlichen Rechts*, 14ª ed., 1847, p. 104, § 55.

[229] Cfr. Código Penal alemán § 15; austriaco, § 7.1; francés, art. 121-3, 2° párrafo; italiano, art. 42, 2° párrafo; portugués, art. 13; suizo, art. 18.

[230] Ver *infra* § 64, ap. 7.

[231] Jakobs, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 2ª ed., 1994, p. 315 y siguientes.

teoría psicológica de la culpabilidad, como una relación psíquica del autor con su hecho dañoso. Desde esta perspectiva, vinculada estrechamente con el axioma "toda culpabilidad es culpabilidad de voluntad", sólo cabía, sin embargo, sancionar como imprudencia la llamada culpa consciente, pues en la inconsciente no era posible demostrar la existencia de relación psicológica alguna entre el sujeto y un resultado que éste no se había representado (en este sentido, la primitiva teoría de la culpa de Feuerbach). Sin embargo, la necesidad de sancionar también la culpa inconsciente, es decir aquella en la que el autor no se ha representado la creación del peligro que generó el resultado, convirtió al propio Feuerbach en el fundador de la distinción entre *culpa consciente y culpa inconsciente*.

A partir de entonces los esfuerzos por explicar la culpa (como concepto común abarcador de la culpa consciente e inconsciente) como una forma de culpabilidad (psicológica) ofreció toda clase de dificultades teóricas, pues la única solución que parecía consecuente era la de identificar culpabilidad con dolo y considerar que la culpa no era una forma de culpabilidad, o bien, lo que finalmente ocurrió, modificar el concepto de culpabilidad, dando cabida a consideraciones de prevención especial y definiendo la imprudencia como un *"defecto de comprensión"*[232], que debe operar como fundamento para la aplicación de una pena que tenga la función de prevenir nuevos ilícitos imprudentes.

656. —La punibilidad de la culpa sin representación (o imprudencia inconsciente) fue resuelta, por lo tanto, con el abandono de la premisa de la culpabilidad de voluntad que se consolidó con el dominio de la teoría de la prevención especial. Desde esta perspectiva se pudo sostener que el contenido material de la imprudencia como especie de la culpabilidad debía consistir en "que el autor, como consecuencia de su indiferencia frente a las exigencias de la vida común social, no ha reconocido el sentido antisocial cognoscible de su hecho"[233]. Aclarado lo anterior, que permitía considerar la imprudencia como una especie de culpabilidad, se la definió como un supuesto

[232] Almendigen, *Untersuchungen über das culpose Verbrechen*, 1804.
[233] Liszt, *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*, 23ª ed., 1921, p. 186.

de *"error sobre la causalidad de la acción"*[234], y más precisamente como "un error sobre el carácter causal o no evitador del resultado de la actuación de la voluntad", o sea como *"carencia de conocimiento de los elementos del tipo"*[235].

657. — Resuelta la cuestión del fundamento de la punibilidad de la culpa inconsciente, la teoría pudo reelaborar la noción de imprudencia. Singular importancia debió tener en este sentido la definición de culpa introducida en el *BGB* (Código Civil alemán, 1896, 1900) en el § 276: "obra imprudentemente el que no presta atención al cuidado exigido en el tráfico". A partir de entonces el concepto de imprudencia se estructura básicamente sobre la *infracción de un deber de cuidado*[236]. Como ejemplo de este giro teórico (implícito en las antiguas nociones) es ilustrativa la definición de Mezger[237]: "obra imprudentemente el que infringe un deber de cuidado que le incumbe personalmente y pudo haber previsto el resultado". De esta manera, en la culpa o imprudencia se daban dos elementos claramente diferenciados: *a*) la infracción de un *deber individual de cuidado*[238] y *b*) una "relación anímica general del autor con el resultado", es decir, la *previsibilidad* del mismo. Ambos elementos constituyen la base del concepto dogmático moderno de culpa o imprudencia.

De acuerdo con este punto de vista, la comprobación de la imprudencia requiere establecer, en primer término, si al autor le incumbía un determinado *deber de cuidado* y, en segundo lugar, si un comportamiento adecuado al deber hubiera permitido al mismo *prever* el resultado de su acción. En la dogmática española estos puntos de vista fueron introducidos por Antonio Quintano Ripollés[239].

234 Liszt, ya en la 1ª ed. del *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*, 1881, p. 119.

235 Liszt, *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*, 23ª ed., 1921, p. 186. En el mismo sentido, Hippel, *Deutsches Strafrecht*, t. 2, 1930, p. 359; Liszt - Schmidt, *Lehrbuch des Deutschen Strafrecht*, t. I, 26ª ed., 1932, p. 273 y ss.; Frank, *Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich*, 17ª ed., 1926, p. 186; Engisch, *Untersuchungen über Vorsatz und Fahrlässigkeit*, 1930, p. 277.

236 Cfr. sobre todo Engisch, *Untersuchungen über Vorsatz und Fahrlässigkeit*, 1930, p. 306 y siguientes.

237 Mezger, *Strafrecht, ein Lehrbuch*, 3ª ed., 1949, p. 349.

238 Mezger, *Strafrecht, ein Lehrbuch*, 3ª ed., 1949, p. 358.

239 Quintano Ripollés, *Derecho penal de la culpa*, 1958, p. 183 y siguientes.

658. — Alcanzado este momento resultaba evidente que la imprudencia era algo diverso de una forma o especie de culpabilidad[240]. La *teoría de la acción finalista* dio el paso siguiente y desplazó a la tipicidad el elemento de la infracción del deber objetivo de cuidado, mientras otra cuestión, la referente a si el autor ha conocido o podido conocer la contrariedad al deber, fue mantenida en el marco de la culpabilidad[241]. La imprudencia, por lo tanto, se convirtió de esta manera en una *forma de realización del tipo* y dejó de ser una especie de la culpabilidad. El tipo del delito imprudente o culposo se caracterizó como un *tipo abierto* o necesitado de una complementación judicial. Ello significa que el juez debe determinar, en primer lugar, el deber objetivo de cuidado exigido en el tráfico (que se debe establecer según las circunstancias del caso) para luego verificar si ha tenido lugar una infracción de ese deber de cuidado y, finalmente, si de ella se deriva el resultado (de lesión o de peligro). El deber objetivo de cuidado, por su parte, se debe fijar, según Welzel, sin recurrir a prescripciones del derecho de policía ni a reglas o máximas de la experiencia, sino "únicamente a partir del principio metódico: qué acción habría realizado en la situación del autor una persona comprensiva y sensata".

c — La moderna concepción de la imprudencia

659. — La más moderna estructura del delito culposo se corresponde perfectamente con la estructura general que actualmente tiene la *teoría de la imputación objetiva*, dado que la acción imprudente debía ser aquella que constituyera un peligro jurídicamente desaprobado, y el resultado *sólo* sería imputable a ella si fuera la realización de dicho peligro. La evolución sufrida por la teoría del delito en su conjunto no es, en realidad, sino una evolución que partió de una concepción que consideraba el delito doloso como prototipo de todo delito y que obligaba, por ello, a encontrar el "elemento doloso" en la culpa, y terminó en otra concepción que extendió, en sentido inverso, las estructuras del delito imprudente al delito doloso.

[240] Otro punto de vista: Cobo del Rosal - Vives Antón, *Derecho penal. Parte general*, 4ª ed., 1995, p. 569 y siguientes.

[241] Welzel, *Das Deutsche Strafrecht*, 11ª ed., 1969, p. 130.

660. — La diferencia entre la visión del problema de la imprudencia como una especie de la culpabilidad y la moderna concepción de aquélla como cuestión de tipicidad ha sido gráficamente señalada por Roxin[242]: "Si un joven cita a su novia en un lugar determinado, en el que ésta casualmente es alcanzada por un meteorito que la mata, según la antigua teoría se debía apreciar la producción de una muerte típica y antijurídica, que sólo resultaba impune por ausencia de culpabilidad; según la moderna concepción, por el contrario, se trata de una conducta inobjetable del causante de la muerte, dado que no se subsume bajo el tipo del homicidio imprudente", pues la acción no generó ningún peligro jurídicamente desaprobado.

661. — En la dogmática de nuestros días el impacto de la teoría de la imputación objetiva sobre el delito imprudente ha conmovido algunos elementos del paradigma elaborado por la teoría finalista de la acción de una manera decisiva. En particular, se ha puesto de manifiesto que "detrás del elemento infracción del deber de cuidado se ocultan diversos elementos de la imputación, que caracterizan de una manera más precisa los presupuestos de la imprudencia que aquella cláusula general"[243]. Dicho con otras palabras, el concepto general de infracción del deber de cuidado ha sido disuelto en una serie de criterios de imputación. Por esta razón afirma Jakobs que en el delito imprudente no es correcto hablar de un deber de cuidado distinto del emergente de la norma que prohíbe la conducta y que no toda previsibilidad del resultado es jurídico-penalmente relevante como imprudencia. Dice Jakobs[244], "sólo es relevante la previsibilidad de un riesgo, que está fuera del riesgo permitido y que además es objetivamente imputable".

662. — En suma: el moderno concepto de culpa o imprudencia se ha simplificado al máximo. La imprudencia se caracteriza como una *"forma de evitabilidad, en la que el autor carece de un conocimiento*

[242] Roxin, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, t. I, 2ª ed., 1994.

[243] Roxin, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, t. I, 2ª ed., 1994, p. 892; en el mismo sentido, Zielinski, en AK-StGB, 1990, §§ 15,16/99 y ss.; Jakobs, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 2ª ed., 1991, p. 319.

[244] Jakobs, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 2ª ed., 1991, p. 319.

actual de lo que se debe evitar"[245], es decir, que se debe apreciar imprudencia cuando un resultado típico es objetivamente imputable y el autor ha tenido un *error sobre el riesgo de su producción, a pesar de la posibilidad de conocer tal riesgo.*

d — Superación de la distinción culpa consciente/culpa inconsciente

663. — Desde este punto de vista se deduce una consecuencia clara: no cabe admitir que la llamada culpa consciente sea una forma de la imprudencia; *sólo habrá culpa inconsciente,* dado que cuando el autor se haya representado la realización del tipo como no improbable, se estará en todos los casos ante supuestos de dolo eventual[246]. Dicho de otra manera, si el autor conoció el peligro no permitido generado por su acción, se dará *dolo eventual*; si, por el contrario, no conoció el peligro no permitido proveniente de su conducta, *habrá imprudencia* cuando hubiera podido conocer el peligro.

De todos modos es posible mantener la terminología tradicional haciendo alguna precisión. Será de apreciar *culpa consciente* cuando el error del autor recaiga sobre el carácter concreto del peligro y *culpa inconsciente* cuando el error recaiga sobre la existencia misma del peligro.

e — La noción de imprudencia en la jurisprudencia

664. — La *jurisprudencia del Tribunal Supremo* tiende hacia estos modernos conceptos, sobre todo después de la *STS* del 23/4/92 (caso del aceite de colza). Esta sentencia vino a resumir una línea jurisprudencial, ya detectada por la doctrina, en la que el apego a la teoría del dolo como voluntad había quedado reducida en la práctica a una mera retórica[247]. Previamente a la *STS* del 23/4/92 se habían

[245] Jakobs, *Strafrecht, Allgemeiner Teil,* 2ª ed., 1991, p. 317.
[246] Jakobs, *Strafrecht, Allgemeiner Teil,* 2ª ed., 1991, p. 317.
[247] Cfr. Gimbernat Ordeig, en *Estudios de derecho penal,* 3ª ed., 1990, p. 263 y ss.; ídem, *Delitos cualificados por el resultado y causalidad,* 1966, p. 159 y siguientes.

dictado sentencias que predeterminaban esta evolución. Así, la del 2/12/67, estudiada por Gimbernat, en la que se decidió que el autor, que había omitido socorrer a la víctima que él mismo había atropellado, aunque sin haberse percatado de ello, debe ser condenado por el delito doloso dado que, por los ruidos oídos durante la marcha así como de las dificultades que inmediatamente tuvo para controlar el vehículo, tuvo que haber deducido la probabilidad de que el accidente había tenido lugar. También la *STS* del 27/12/82 (conocida como "caso Bultó") puso de manifiesto que el Tribunal Supremo no seguía de una manera estricta la teoría del consentimiento y que el dolo era de apreciar en los casos en los que el autor conocía el peligro concreto al que sometía a la víctima o cuando el autor toma medidas poco serias para eliminar un peligro que conoce como tal. En otras sentencias el Tribunal Supremo sostuvo que la *indiferencia* del autor respecto de la realización del tipo fundamentaba el dolo del autor y no solamente culpa.

665. — En conclusión: la jurisprudencia se orienta hacia la aceptación de una concepción de la imprudencia según la cual ésta se debe apreciar en los casos en los que el autor *no conoció* el *peligro concreto de realización del tipo creado por su acción*, dado que en los casos en los que el agente tuvo ese conocimiento ha estimado, por regla, la existencia de dolo.

f — ¿Equiparación de imprudencia y dolo eventual?

666. — Una parte de la doctrina[248] estima que los casos de dolo eventual y culpa con representación o culpa consciente deben ser tratados de la misma manera (Ferrer Sama) o de manera aproximadamente igual, que en todo caso importa una atenuación de la pena del dolo eventual por la vía del art. 9.4 del Cód. Penal derogado en 1995. Estos puntos de vista estaban muy estrechamente condicionados

[248] Ferrer Sama, *Comentarios al Código Penal*, t. I, 1944, p. 34; similar Bustos Ramírez - Hormazábal, *Manual de derecho penal*, 4ª ed., 1994, p. 290 y ss.; críticamente, Antón Oneca, *Derecho penal*, 2ª ed., 1986 (al cuidado de Hernández de Guijarro - Beneytez Merino), p. 230 y siguientes.

por el texto legal vigente hasta el 25 de mayo de 1996, dado que el antiguo art. 565 del Cód. Penal parecía distinguir entre hechos ejecutados con *"malicia"*, vocablo que se entendía como sinónimo de *intención* y de *voluntad*, y hechos realizados "sin malicia". La reforma introducida por la *LO* 8/83, que ya no habla en el art. 565 del Cód. Penal de "malicia", sino de dolo, y que en el art. 1º lo hace de "acciones y omisiones dolosas o culposas", quitó a esta tesis su punto de apoyo en la letra de la ley. Desde el punto de vista dogmático, la reducción de los casos de dolo eventual a supuestos de culpa no ha llegado a imponerse, pues como ya lo señalaba Antón Oneca[249] "este concepto del dolo sería demasiado estrecho y contrario a las exigencias tanto de la justicia como de la defensa social".

g — Los grados de culpa

667. — La cuestión de los *grados de culpa* ha adquirido una significación especial en el sistema actual de la culpa, dado que la línea divisoria entre delitos y faltas es paralela a la existente entre imprudencia grave y no grave[250]. "Hasta ahora no se ha logrado una concreción de la gravedad de la imprudencia generalmente aceptada"[251]. En igual sentido dice Roxin que "es poco claro cuándo es de apreciar una culpa grave"[252]. La jurisprudencia del Tribunal Supremo suele considerar grave la imprudencia cuando se han infringido deberes elementales que se pueden exigir al menos diligente de los sujetos. Tal criterio tiene, sin embargo, poco respaldo en la doctrina, pues reemplaza un concepto sumamente impreciso por otro cuya imprecisión no es menor. Pero una caracterización conceptualmente cerrada es difícilmente posible. Así, por ejemplo, en la *STS* del 15/1/90 se puede ver una noción que se repite habitualmente en las sentencias del Tribunal Supremo: la culpa o imprudencia es temeraria cuando supone "un olvido total y absoluto de las más elementales

249 Antón Oneca, *Derecho penal*, 2ª ed., 1986, p. 231.
250 Cfr. arts. 142.1, 152.1, 158, 267, Cód. Penal, etcétera.
251 Jakobs, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 2ª ed., 1991, p. 326.
252 Roxin, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, t. I, 2ª ed., 1994, p. 916.

normas de previsión y cuidado"[253]. Cuándo se debe entender que se dan estos presupuestos es una cuestión que los tribunales definen caso por caso.

668. — En la doctrina se tiende a vincular la gravedad de la imprudencia con la importancia del bien jurídico[254] que resulte lesionado. Tal criterio, en realidad, más que caracterizar la gravedad de la imprudencia, la reemplaza por la gravedad del hecho[255]. Otro criterio se refiere a la creación de un peligro elevado no seguido del empleo de suficientes medidas de control[256]. Se trata en realidad de un único elemento, la creación de un peligro elevado, dado que la insuficiencia del control es, precisamente, lo que define la imprudencia como tal.

669. — Probablemente se debería intentar una caracterización de la gravedad de la imprudencia desde perspectivas relacionadas con la prevención especial, es decir, a partir del grado de desinterés revelado por el autor respecto de los bienes ajenos. De esta forma no se alcanzará un concepto preciso, pero, al menos, podrá situarse la cuestión en el lugar que le corresponde sistemáticamente.

De todo lo anterior se deduce que en los casos de imprudencia serán necesarios:

a) La causalidad entre la acción ejecutada y el resultado tipo producido.

b) La comprobación de la creación por el autor de un peligro jurídicamente desaprobado (superior al peligro permitido).

c) La realización de este peligro en el resultado causado.

d) El error (evitable) del autor respecto del peligro concreto generado por su acción para el objeto de protección sobre el que se produjo el resultado.

253 Ver Jurisprudencia Seleccionada de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo (1° semestre 1990), p. 18.

254 Mir Puig, *Derecho penal. Parte general*, 4ª ed., 1996, p. 271.

255 Una objeción semejante cabe al criterio ofrecido por Jakobs.

256 Luzón Peña, *Curso de derecho penal*, 1996, t. I, p. 517.

h — La llamada imprudencia "profesional"

670. — La *imprudencia profesional* (arts. 142.3, 146, II, 152.3, Cód. Penal) es una figura que expresa una cierta confusión entre la función de las penas y las medidas de seguridad. En efecto, es claro que cuando el autor imprudente es un profesional puede ser necesario aplicarle una medida de seguridad que lo aparte *preventivamente* del ejercicio de su profesión. El legislador, en lugar de concebir una solución dentro del sistema de doble vía que pretendió adoptar, ha preferido, erróneamente, incorporar estas necesidades a la pena y recurrir a una agravación de la misma.

La solución es legislativamente discutible y su compatibilidad con el principio de culpabilidad es dudosa. La imprudencia profesional será de apreciar cuando el autor haya creado un peligro que exceda los límites admisibles según la *lex artis*.

i — ¿Tentativa de delito imprudente?

671. — Desde antiguo se discute si es posible una *tentativa de delito imprudente*. La opinión de la doctrina dominante es contraria a la aceptación de tal figura[257] dado que, en general, el propio derecho positivo requiere dolo en forma expresa. El nuevo art. 16 del Cód. Penal, sin embargo, no lo establece de forma categórica, pero, en tanto tampoco establece de manera expresa la punibilidad de los hechos imprudentes que no hayan culminado en el resultado, es también claro que *la "tentativa" de delitos imprudentes no es punible.*

672. — De todos modos es necesario dejar claro que la posición del resultado en el delito culposo ofrece no pocas dificultades en el marco de la teoría de los imperativos y en el de la teoría de lo ilícito o injusto personal. En estos contextos se sostiene, por lo general, que el resultado de la acción imprudente constituye una *condición objetiva de punibilidad*, dado que el autor no necesita haber tenido ninguna conciencia de su realización.

[257] Cfr. Quintano Ripollés, *Derecho penal de la culpa*, 1958.

j — ¿Redefinición de las relaciones entre el dolo y la imprudencia?

673. — En los últimos tiempos se ha propuesto redefinir las relaciones entre el dolo y la imprudencia introduciendo entre ambas categorías una tercera que agruparía conceptualmente los casos de dolo eventual y culpa consciente[258].

674. — Se trataría, por lo tanto, de limitar el dolo a los casos del dolo directo y del de consecuencias necesarias, agrupando en otra nueva categoría, diversa del dolo y la imprudencia, los supuestos de dolo eventual y culpa consciente. La imprudencia quedaría, finalmente reducida a la culpa inconsciente.

La doctrina ha rechazado esta tendencia[259]. Se trata, en todo caso, de una cuestión que tiene importancia *de lege ferenda*.

[258] Cfr. Schünemann, en "GA" 85, p. 363 y ss.; ídem, *Festschrift für R. Schmitt*, 1992, p. 131; ídem, "ADCP" 91, p. 707 y ss.; Waigend, en "ZStW" 93, p. 687 y siguientes.

[259] Cfr. Díaz Pita, en "ADCP" 95, p. 3 y ss.; Feijoo Sánchez, en "Cuadernos de Política Criminal" 62 (1997), ps. 303 y ss. y 347 y siguientes.

Capítulo VII

La antijuridicidad y la justificación

675. — La teoría de la antijuridicidad tiene por objeto establecer bajo qué condiciones y en qué casos la realización de un tipo penal (en forma dolosa o no; activa u omisiva) no es contraria al derecho, es decir, *el hecho no merece una desaprobación del orden jurídico.* Es, por lo tanto, una teoría de las autorizaciones para la realización de un comportamiento típico. Decir que un comportamiento está justificado equivale a afirmar que el autor de la acción típica dispuso de un permiso del orden jurídico para obrar como obró.

676. — Una acción típica, por lo tanto, será también antijurídica si no interviene en favor del autor una causa o fundamento de justificación. La tipicidad de una acción es, consecuentemente, un indicio de antijuridicidad. Precisamente porque aquélla señala la posibilidad de ésta debe verificarse si existe o no una causa o fundamento de justificación. Esta verificación es una tarea independiente de la comprobación de la tipicidad y en cierto sentido inversa. Es independiente porque sólo cabe plantearse la cuestión de la antijuridicidad cuando se ha llegado a la conclusión de que la acción es típica, es decir, que se subsume bajo un tipo penal. A la vez es inversa porque consiste en la verificación de que el caso no se subsume bajo el supuesto de hecho de una causa de justificación (por ejemplo, defensa necesaria, estado de necesidad, consentimiento presunto).

677. — En tanto relación de contrariedad al derecho, la antijuridicidad no es cuantificable: un hecho es o no antijurídico, pero no puede ser *más* o *menos* antijurídico. En este aspecto la antijuridicidad no

se debe confundir con la ilicitud (hecho típico y antijurídico) que, por el contrario, es cuantificable, dado que un hecho típico y antijurídico puede ser más o menos grave, o sea: más o menos ilícito.

—§ 49—

LOS PRINCIPIOS JUSTIFICANTES Y LA TEORIA CLASICA DE LA JUSTIFICACION

678. — Es opinión generalizada en la teoría que las causas o fundamentos de justificación se encuentran en todo el ordenamiento jurídico: es indiferente que la realización de una acción típica esté autorizada por el derecho civil, por el derecho administrativo o por el derecho penal. En este sentido, el que detiene a un sospechoso bajo las condiciones que establecen las leyes procesales lo priva de su libertad, o sea, realiza una acción típica (art. 163, Cód. Penal), pero la misma no es antijurídica si se mantiene dentro de la autorización que le acuerdan aquéllas. Lo mismo ocurre con el derecho de retención establecido en ciertos casos por el derecho civil (arts. 1730, 1780, etcétera, Cód. Civil). La retención de una cosa mueble bajo esas condiciones excluye la antijuridicidad de la acción de apropiación indebida o abuso de confianza (art. 252, Cód. Penal).

679. — La característica fundamental de una causa de justificación es la de excluir totalmente la posibilidad de cualquier consecuencia jurídica: no sólo penal, sino también civil, administrativa, etcétera; y no sólo respecto del autor, sino también de quienes lo hayan ayudado o inducido. En el ordenamiento jurídico, sin embargo, el único dato con el que se puede identificar una causa de justificación es la exclusión de la pena. Pero esta característica es compartida por las causas de justificación con las que excluyen la responsabilidad por el hecho[1], que no benefician a los partícipes y que no eliminan la responsabilidad civil, así como con las llamadas excusas absolutorias, que, según la teoría dominante, sólo afectan a la punibilidad[2].

[1] Ver *infra*, Cap. VIII, § 54.
[2] Ver *infra*, Cap. XI, § 76.

680. — Esto plantea la cuestión de cómo sabe el intérprete que una determinada circunstancia es una autorización o permiso para realizar un hecho típico y no simplemente una disculpa o una exención de la pena. Esta situación conforma el trasfondo de toda la discusión relativa a si el estado de necesidad es una causa de justificación o de inculpabilidad o simplemente una excusa absolutoria, si el "miedo insuperable" del art. 20.6° del Cód. Penal se debe considerar una causa de justificación[3], o si la legítima defensa es causa de justificación o de inimputabilidad[4].

681. — Ante todo resulta insuficiente recurrir a un criterio estructural, pues todas las causas justificantes del art. 20 del Cód. Penal tienen una estructura idéntica: "dadas ciertas circunstancias, la pena no es aplicable".

Tampoco resulta adecuado remitirse a la rotulación en su caso realizada por el legislador (francamente impropia de una ley penal, pues no se puede elaborar un catálogo definitivo de causas de justificación)[5].

682. — La única manera de establecer una distinción es recurriendo a un principio o a varios principios de justificación, es decir, principios "pre-legales" que determinan cuáles son las circunstancias que tienen carácter justificante. Se trata de principios "pre-legales" porque son necesarios para interpretar la ley y no sería posible, por lo tanto, deducirlos de ella.

Estos principios han dado lugar a dos teorías: la teoría monista de la justificación y la teoría pluralista de la justificación. La primera opera con un único principio, mientras que la segunda opera con más de uno.

[3] Gimbernat Ordeig, *Introducción a la parte general del derecho penal español*, 1979, p. 65 y siguientes.

[4] Lilienthal, en *Vergleichende Darstellung des deutschen und ausl. Strafrechts. Allgemeiner Teil*, t. V, p. 3.

[5] Stratenwerth, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, n° 359; Jescheck, *Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil*, p. 262; Schmidhäuser, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, p. 290.

683. — Las teorías monistas tienen que recurrir a un alto grado de abstracción para poder incluir los supuestos que estiman justificantes. En este sentido, se ha sostenido que son causas de justificación las que responden a la idea de "más utilidad que daño social"[6], o de "utilización de un medio adecuado para alcanzar un fin reconocido por el orden jurídico"[7]. Estos criterios se muestran como excesivamente amplios para permitir una distinción entre las causas de justificación y las que no lo son: todo depende de lo que se considere como socialmente útil, o como adecuado al fin reconocido por el derecho.

684. — Sobre estos puntos hay pocas posibilidades de una única respuesta. La creencia de que el orden cultural previo al jurídico permitiría tal respuesta única[8] soslaya la cuestión de que el "orden cultural" no es un orden único de concepciones jurídicas, sino que es un conjunto de órdenes que caben, en su diversidad, dentro del orden constitucional que garantiza la pluralidad (art. 1°, *CE*). De esta manera, el problema interpretativo solamente se desplaza a otro ámbito: se trata de interpretar lo que estima justificado el orden cultural y así sucesivamente.

685. — Las teorías pluralistas, por el contrario, proceden de manera distinta: deducen de la naturaleza de lo ilícito una pluralidad de principios que, en realidad, pretenden explicar por qué ciertos casos deben considerarse causas de justificación[9]. De esta forma se afirma que, considerando la esencia de lo ilícito como una lesión de intereses, sólo cabe aceptar dos principios justificantes: el principio de la ausencia de interés y el principio del interés preponderante. El primero de ellos hace referencia al consentimiento del ofendido. El segundo procura dar cuenta del fundamento justificante del ejercicio de deberes especiales y de los llamados "derechos de necesidad" (estado de necesidad y defensa necesaria o legítima). En estos casos se

[6] Sauer, *Allgemeine Strafrechtslehre*, 3ª ed., 1955, p. 56 y siguientes.

[7] Dohna, *Der Aufbau der Verbrechenslehre*, 4ª ed., 1950, p. 28 y ss.; del mismo autor: *Die Rechtswidrigkeit*, 1905, p. 48 y siguientes.

[8] Así, Dohna, *Der Aufbau der Verbrechenslehre*, p. 30.

[9] Mezger, *Strafrecht, ein Lehrbuch*, p. 204 y siguientes.

afirma que el orden jurídico da preeminencia a un bien jurídico sobre otros y, por lo tanto, la lesión producida en esas circunstancias debe ser justificada.

Sin embargo, no puede dejar de señalarse que el principio del interés preponderante se interpreta de manera diversa en cada caso: en uno es preponderante la salvación de un bien jurídico de más valor que el que se sacrifica (estado de necesidad); en los otros, prepondera un interés que es independiente del valor de los bienes jurídicos en juego (cumplimiento de un deber, defensa necesaria).

686. — La tendencia actual es la de reducir sensiblemente el valor explicativo acordado a los principios de la justificación. Así se afirma, por ejemplo, que "como consecuencia de la intervención de una contranorma debe caer o eliminarse tanto lo ilícito del resultado como lo ilícito de la acción; pero no es posible decir esto de todas las causas de justificación, dado que en particular éstas se basan en muy diversas combinaciones de factores justificantes"[10].

687. — Este panorama de la evolución de la cuestión de los principios justificantes se debe completar con la afirmación generalizada de que el "catálogo de las causas de justificación no quedará nunca cerrado"[11] o de que "el número de causas de justificación no puede determinarse definitivamente"[12] o de que "el proceso de concreción y tipificación de los principios de la justificación ha sido reemplazado por una decisión referente a los casos que deben regirse por las reglas que gobiernan esta categoría". En otras palabras: lo que fundamenta la calidad de una circunstancia como causa de justificación es la decisión referente a que esa circunstancia se debe tratar de acuerdo con las reglas de la justificación.

Esta tesis es más o menos compartida por la teoría y la práctica en lo referente a los casos principales del ejercicio de un derecho especial, la defensa necesaria y el estado de necesidad (justificante).

[10] Jescheck, *Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil*, p. 261.
[11] Jescheck, *Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil*, p. 262.
[12] Stratenwerth, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, nº 358.

— § 50 —

LA MODERNA PROBLEMATICA DE LAS CAUSAS DE JUSTIFICACION

a — ¿Exclusión de la antijuridicidad sólo en el ámbito penal?

688. — En la teoría actual de la justificación se pone en duda el postulado de la unidad del orden jurídico y de ello se deduce que es posible admitir una antijuridicidad específicamente penal con la contrapartida de una justificación específicamente penal (es decir, que no tiene efectos justificantes en otras ramas del derecho, por ejemplo, civil o administrativo[13]). El postulado de la unidad del orden jurídico conducía a la unificación de los efectos de las causas de justificación en todo el orden jurídico: así, por ejemplo, el autor que obra en un estado de necesidad justificante no debería responder civilmente por el daño sufrido por el titular del bien sacrificado, dado que su acción no sólo estaría justificada en el derecho penal, sino también en el civil. Este punto de vista fue totalmente dominante hasta hace algunos años.

689. — En la actualidad, por el contrario, se tiende a sostener que no toda causa de justificación puede ser trasladada sin más de un ámbito jurídico a otro[14]. Por lo tanto, la cuestión requiere una aclaración de los criterios sobre cuya base se debe decidir la extensión de las causas de justificación no penales al ámbito del derecho penal.

690. — El derecho español vigente tiene dos disposiciones que se relacionan con esta problemática: los arts. 20.7° y 118 del Cód. Penal. De acuerdo con el primero parece que toda autorización del orden jurídico, que surja de un deber de actuar, o una autorización general prevista para el "oficio o cargo del autor", tendría efecto justificante

[13] Günther, *Strafrechtswidrigkeit und Strafunrechtsausschluss*, 1983, (passim); Jakobs, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, § 11/4 y ss.; Roxin, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, § 14/32.

[14] Jakobs, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, § 11/6; Roxin, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, § 14/36.

en el derecho penal. El art. 118, por su parte, regula la extensión al derecho civil de los fundamentos que eximen de responsabilidad por exclusión de la antijuridicidad. Ambas disposiciones deben ser interpretadas de acuerdo con los principios que deben regir esta materia y de acuerdo con exigencias practicadas. En primer lugar, cabría dudar de que cualquier autorización de actuar deba conducir *en todo caso* a una autorización para realizar un tipo penal. La doctrina, sin embargo, responde afirmativamente[15]. En segundo lugar, el art. 118 no debería ser entendido con total generalidad, de modo tal que, por ejemplo, el estado de necesidad (art. 20.5°, Cód. Penal) careciera en todo caso de efectos justificantes. En este sentido se debe distinguir, dentro del estado de necesidad justificante (aquél en el que el bien sacrificado es esencialmente menor que el que se salva) dos situaciones: el art. 118 del Cód. Penal no será aplicable en los casos de *estado de necesidad defensivo* (casos en los que la necesidad proviene del peligro que generan los bienes ajenos sobre los defendidos), pues en tales supuestos el efecto justificante debe extenderse a todo el ordenamiento, en particular al derecho civil, dado que en estas situaciones nadie está obligado por un especial deber a soportar los daños que provienen de una organización defectuosa ajena. Por lo tanto, el art. 118 sólo excluirá el efecto justificante en el ámbito del derecho civil en los casos de *estado de necesidad agresivo* (casos en los que se salva un bien jurídico esencialmente superior a costa de bienes que no generaron el peligro de daño), que, consecuentemente, sólo tendrán el carácter de una *causa de justificación exclusivamente penal*. Dicho en otras palabras, el art. 118 sólo se refiere al estado de necesidad agresivo y al que excluye la responsabilidad por atenuación de la ilicitud (exclusión de la responsabilidad por el hecho o de la exigibilidad).

691. — De gran interés es la tesis desarrollada por Günther[16] que distingue entre *causas de justificación específicamente penales* (por ejemplo: el derecho a la libertad de expresión e información del art. 20 de la *CE* en relación a los delitos de injurias), que excluyen la an-

[15] Jakobs, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, § 11/6; Roxin, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, § 14/31, aunque con diversa fundamentación.

[16] Günther, *Strafrechtswidrigkeit und Strafunrechtsausschluss*, 1983 (passim).

tijuridicidad específicamente penal, pues reducen el contenido de ilicitud por debajo del mínimo que exige el *principio constitucional de proporcionalidad* para legitimar una sanción penal: dada la gravedad de la sanción penal, es necesario que la conducta típica tenga un alto grado de ilicitud, pero esta intensidad no es necesaria en el derecho administrativo o civil. La consecuencia práctica sería: una conducta penalmente justificada, que, sin embargo, no lo está en el ámbito civil, en el cual el deber de indemnizar el daño causado seguiría subsistente[17]. Frente a tales causas de justificación específicamente penal se deben distinguir, según la tesis de Günther, las que tienen un *carácter general* porque extienden sus efectos a todo el ordenamiento jurídico (por ejemplo, la legítima defensa o el estado de necesidad).

b — Autorizaciones de acción y autorizaciones de intervención

692. — Otro sector de la doctrina llega a ciertas consecuencias similares distinguiendo entre autorizaciones de acción y autorizaciones de intervención[18]. Las primeras sólo justifican la realización de la acción, pero no imponen al afectado por la autorización de la acción el deber de tolerar una lesión en sus bienes jurídicos (Por ejemplo: "X" tiene decidido publicar una imputación que afecta el derecho a la intimidad y el honor de "Y"; éste le sustrae los documentos para salvaguardar su honor; esta última acción no estará cubierta por una legítima defensa, pero sí —en opinión de estos autores— por un estado de necesidad, dado que el art. 20 de la *CE* sólo otorga una autorización de acción, pero no un derecho a lesionar bienes jurídicos ajenos).

Por el contrario, las autorizaciones de intervención imponen al afectado el deber de soportar en sus bienes jurídicos las consecuencias de la acción justificada (no cabe legítima defensa contra quien se defiende legítimamente).

[17] Cfr. Jaén Vallejo, *Libertad de expresión y delitos contra el honor*, 1992.

[18] Lenckner, en Schönke - Schröder, *Strafgesetzbuch, Kommentar*, 25ª ed., 1997, § 32, 9 y ss.; Haft, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 2ª ed., 1984, p. 70.

c — Justificación y reducción de la ilicitud

693. — Los problemas que se plantean como punto de partida de estas soluciones tienen una relación directa con la cuestión de la reducción de la ilicitud[19] en los casos en los que el legislador renuncia a la pena, sin justificar el hecho cometido (supuesto de las causas de no punibilidad del aborto; de la no punibilidad de informaciones no veraces realizadas en ejercicio del derecho del art. 20 de la *CE*, de las llamadas excusas absolutorias). La cuestión será tratada, por lo tanto, en el apartado dedicado a esta problemática.

— § 51 —

LA DEFENSA NECESARIA

694. — El Código Penal regula en forma expresa la defensa necesaria (art. 20.4°). Pese a ciertas diferencias en la formulación, hay también una evidente coincidencia en lo que se refiere a sus requisitos con el resto del derecho europeo. Por lo general, se designa a esta causa de justificación como "legítima defensa". Esta terminología es sin duda correcta, aunque sea preferible la que aquí se propone (porque tiene en cuenta que la defensa sólo es legítima si es necesaria; esto debe quedar claro ya en la designación).

695. — El fundamento de la defensa necesaria (propia o de un tercero) se ve en el principio según el cual "el derecho no necesita ceder ante lo ilícito"; de éste surge una doble consecuencia: *no sólo se acuerda un derecho de defensa individual, sino también de ratificación del orden jurídico como tal*. Por este motivo, el agredido no está obligado, en principio, a evitar la agresión mediante un medio distinto de la defensa, por ejemplo, huyendo[20]. Con razón, se sostiene que el fun-

[19] Bacigalupo, en *Gedächtnisschrift fur Armin Kaufmann*, 1989, ps. 459 y ss.; Laurenzo Copello, *El aborto no punible*, 1990; Jaén Vallejo, *Libertad de expresión y delitos contra el honor*, 1992; Pérez del Valle, *Conciencia y derecho penal*, 1994; conf. al respecto Lenckner, en Schönke - Schröder, *Strafgesetzbuch, Kommentar*, 25ª ed., 1997, §§ 32 y ss. y 10 y siguientes.

[20] Ver *infra* § 51, *c*). Doctrina generalizada, cfr. en España: Luzón Peña, *El doble fundamento de la legítima defensa*, 1978; Cobo del Rosal - Vives Antón, *Derecho penal.*

damento de la defensa necesaria se encuentra en la responsabilidad en la que incurre el agresor que obra sin derecho[21].

La condición fundamental de la legitimidad de la defensa —como se dijo— es la necesidad de la misma. En principio, no se requiere que haya proporcionalidad entre el daño que se causa con la defensa al agresor y el daño que hubiera causado la agresión[22]. De todos modos, como veremos más tarde, este principio no rige sin excepciones.

Los requisitos de la defensa necesaria son:

a) Agresión (actual o inminente) ilegítima.
b) Necesidad racional del medio empleado.
c) La falta de provocación suficiente (art. 20.4°, Cód. Penal.).

Estos requisitos se deben estudiar separadamente.

a — La agresión

696. — La agresión debe haber partido de un ser humano. La defensa frente a animales, etcétera, no está regulada por la defensa necesaria, sino por el estado de necesidad. Por otra parte, la agresión puede tener lugar en forma activa (acción) o pasiva (omisión). La jurisprudencia exige que la agresión sea de carácter violento, aunque tiende a mitigar esta exigencia[23].

697. — Problemático es saber si se puede considerar agresión la acción de un incapaz de culpabilidad o inimputable o del que obra por error. Un sector minoritario piensa que en estos casos falta ya la agresión[24]. Otro sector piensa que en el supuesto de un enfermo

---

Parte general, p. 59 y ss.; Jiménez de Asúa, *La ley y el delito*, p. 290; Quintero Olivares, *Introducción al derecho penal. Parte general*, p. 191; Rodríguez Devesa, *Derecho penal español. Parte general*, p. 532 y siguientes.

21 Jakobs, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, p. 349 y siguientes.

22 Otro punto de vista: Quintero Olivares, *Introducción al derecho penal. Parte general*, p. 192; Rodríguez Devesa, *Derecho penal español. Parte general*, p. 535, quien reconoce en la defensa necesaria un caso de estado de necesidad.

23 Cfr. acertadamente Córdoba Roda, en Córdoba Roda - Rodríguez Mourullo, *Comentarios al Código Penal*, 1972, t. I, p. 238 y ss., con referencias jurisprudenciales.

24 Otto, *Grundkurs Strafrecht. Allgemeine Strafrechslehere*, t. I, p. 120; Mayer, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, p. 98.

mental, de un niño, etcétera, se restringe la amplitud de la defensa[25], dado que, frente a tales sujetos, carece de sentido la ratificación del orden jurídico como tal y sólo queda un derecho individual de defensa si no era posible eludir la agresión. En la práctica los resultados son similares. La doctrina española considera suficiente la antijuridicidad formal y puramente objetiva[26].

La agresión, además, puede ser intencional tanto como provenir de una acción realizada sin la debida diligencia[27].

698. — Cualquier bien jurídico puede ser objeto de una agresión y, por lo tanto, defendible (art. 20.4°, Cód. Penal). La defensa de bienes del Estado (defensa necesaria del Estado) está excluida, sin embargo, de la defensa necesaria salvo que se trate de bienes individuales (por ejemplo: habrá agresión, y por tanto será posible, si concurren los demás elementos, defensa necesaria, cuando alguien atente contra la propiedad del Estado; no la habrá en el sentido de esta disposición si se trata de ataques al orden público en general, o a la "esencia de la patria", o al "ordenamiento constitucional": el art. 8°.1 de la *CE* no otorga un derecho activo de defensa, sino un derecho de resistencia frente a órdenes contrarias a la Constitución).

699. — La fórmula legislativa del actual art. 20.4° del Cód. Penal requiere una reflexión respecto de la amplitud de los bienes jurídicos defendibles. Es indudable que el texto vigente permite limitar la legítima defensa a los derechos de la persona, es decir, a los derechos individuales, y sobre esta base ha operado la jurisprudencia del Tribunal Supremo, que, en general, no ha hecho un reconocimiento de extensión ilimitada[28]. Por el contrario, los precedentes de la Sala de lo Penal han hecho, con alguna excepción ya señalada, un reconocimiento casuístico de bienes susceptibles de ser defendidos, que sólo

[25] Stratenwerth, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, n° 435; Jescheck, *Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil*, p. 277.

[26] Cobo del Rosal - Vives Antón, *Derecho penal. Parte general*, t. III, p. 65; Córdoba Roda, en Córdoba Roda - Rodríguez Mourullo, *Comentarios al Código Penal*, p. 241; Gimbernat Ordeig, *Introducción a la parte general del derecho penal español*, p. 56.

[27] Jescheck, *Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil*, p. 271.

[28] Cfr., sin embargo, la *STS* del 19/12/75.

es explicable en tanto, implícitamente, se admita la posibilidad de negar este carácter a algunos bienes jurídicos, aunque —como lo señala con razón Córdoba Roda[29]— la limitación del campo de aplicación de la legítima defensa provenga, sobre todo, de la exigencia de acometimiento. El punto de vista de la jurisprudencia tiene un apoyo difícil de negar en los arts. 337 del anterior Cód. Penal. y 455 del vigente, al excluir este último la defensa (violenta) de los derechos de crédito, considerándola delictiva.

700. — Sin embargo, la doctrina tiende a dar al texto una amplitud mayor que la reconocida por la jurisprudencia[30], aunque excluyendo bienes jurídicos como el "orden público" y "el Estado".

Una excesiva extensión de los bienes defendibles conduciría a que "cada ciudadano —como dice Roxin[31]— se constituyera en un policía, eliminando de este modo el monopolio estatal de la coacción". Por este motivo una nueva regulación del derecho de defensa necesaria debería comenzar por establecer con claridad que, en todo caso, sólo se autoriza la defensa de los bienes de la persona, preferentemente siguiendo el modelo enunciativo del Código Penal austriaco de 1975, que impide cualquier clase de confusión respecto de los bienes jurídicos defendibles y que incluye todos los casos en los que la legítima defensa está justificada. Con respecto a los bienes jurídicos defendibles que ha reconocido la jurisprudencia del Tribunal Supremo, el catálogo del Código austriaco sólo difiere en lo que concierne a la honestidad y al honor. Pero lo cierto es que la diferencia es más aparente que real, dado que los ataques a la honestidad son entendidos, en verdad, como agresiones dirigidas contra la libertad, que como tal está incluida en la enumeración del § 3 del *ÖStGB*. Por lo que se refiere al honor, no es posible dejar de considerar que, por regla, la aplicación de las disposiciones de la defensa legítima fracasarán básicamente por falta de actualidad de la agresión contra la cual se reacciona, sin perjuicio de que el ordenamiento jurídico establece suficientes me-

29 Córdoba Roda, *Comentarios al Código Penal*, t. I, 1972, p. 245.

30 Por todos: Mir Puig, *Derecho penal. Parte general*, 3ª ed., 1990, p. 467 y ss., con mayores indicaciones bibliográficas.

31 Roxin, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, p. 531.

dios para la defensa de este bien jurídico. En particular, basta recordar aquí las medidas judiciales preventivas previstas en el art. 9.2 de la *LO* 1/82 (de Protección Civil del Derecho al Honor, la Intimidad Personal y Familiar y la Propia Imagen).

701. — Una segunda cuestión, vinculada con la anterior, se refiere a la ayuda necesaria a la defensa. En el actual art. 20.4° del Cód. Penal se prevé la posibilidad de la defensa de un tercero, pues la defensa puede ser de la "persona o derechos, propios o ajenos". Sin embargo, la defensa del tercero presupone que éste quiera ser defendido[32]. El derecho de legítima defensa no se extiende por ejemplo al caso del que, considerando que los espectadores de un cine son agredidos en su sentido del pudor por las escenas de una película, alega la legítima defensa de terceros para justificar la interrupción violenta de la exhibición, cuando ninguno de los presentes tenía el menor interés en la "defensa"[33]. Por esta razón sería conveniente una nueva redacción que estableciera que la justificación sólo corresponde al que presta ayuda al que se defiende o que, en todo caso, defiende a otro que pretende defenderse.

b — La actualidad e ilegitimidad de la agresión

702. — La agresión es actual mientras se está desarrollando. La inminencia de la agresión, es decir, la decisión irrevocable del agresor de dar comienzo a aquélla, es equivalente a la actualidad. En algunos casos la ley lo dice expresamente; en otros esto está implícito en el texto legal cuando autoriza la defensa para impedir o repeler la agresión (art. 20.4°, Cód. Penal)[34].

703. — La agresión es ilegítima cuando es antijurídica. No es necesario que, a su vez, constituya un delito (salvo en el caso de defensa de los bienes en el art. 20.4° del Cód. Penal). Si no se requiere que

[32] Roxin, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, p. 531.
[33] Cfr. *BGHSt* 5, 245 y ss. (sobre todo ps. 247 y 248).
[34] Jiménez de Asúa, *La ley y el delito*, p. 294.

la agresión sea consciente o proveniente de un capaz de culpabilidad o imputable[35], se suele restringir la defensa contra los que obran sin conciencia de lo que hacen, pues frente a ellos no cabe la ratificación del orden jurídico[36]. Por lo tanto, en estos casos sólo cabe la defensa necesaria si el autor no tiene posibilidad de evitar la agresión por otros medios.

704. — Un sector de la doctrina define la antijuridicidad de la agresión sosteniendo que cumple con este requisito toda acción que recae sobre los bienes de quien "no tiene obligación de tolerar" dicha acción[37]. Desde otro punto de vista se sostiene que es antijurídica la agresión en la medida en que sea una acción no autorizada (justificada)[38]. Esta discusión puede tener alguna consecuencia práctica sólo en la medida en que la obligación de tolerar por parte del agredido y la autorización de obrar del agresor sean definidas de tal forma que no tenga un contenido recíproco (el "agredido" debe tolerar el ejercicio del derecho del "agresor").

705. — Especialmente criticable parece el mantenimiento en el derecho vigente de un derecho ilimitado de defensa de la morada contra cualquier entrada indebida en la misma o en sus dependencias, mantenida en el art. 20.4° del Cód. Penal. Mediante esta autorización genérica se justifica todo caso de error del que se defiende, pues mediante esta presunción de agresión se permite la defensa inclusive frente a una persona que por equivocación o por extrema necesi-

35 Ver *supra*, § 49.

36 Confr. Jescheck, *Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil*, p. 275 y ss.; Otto, *Grundkurs Strafrecht. Allgemeine Strafrechslehere*, t. I, p. 121; Samson, *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, § 32, n° 14; Schmidhäuser, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, p. 348. Otro punto de vista: Córdoba Roda, en Córdoba Roda - Rodríguez Mourullo, *Comentarios al Código Penal*, t. I, p. 240 y ss.; Cobo del Rosal - Vives Antón, *Derecho penal. Parte general*, p. 64; probablemente también: Díaz Palos, *La legítima defensa*, p. 59; sobre la jurisprudencia española ver: Córdoba Roda, en Córdoba Roda - Rodríguez Mourullo, *Comentarios al Código Penal*, quien señala que las sentencias del 28/1/27 y del 26/02/58 requieren finalidad lesiva por parte del agresor.

37 Binding, *Handbuch des Strafrechts*, t. I, p. 735.

38 Welzel, *Das Deutsche Strafrecht*, p. 85; Jescheck, *Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil*, p. 273; Stratenwerth, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, n° 424; Samson, *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, § 32, n° 12.

dad entra indebidamente en la morada, aunque, en realidad no pretenda atentar contra ningún bien jurídico del titular de la misma. Una presunción de agresión como ésta tiene el efecto práctico de eliminar la exigencia de la evitabilidad del error para excluir la responsabilidad del autor y, por ello, constituye un estímulo a la violencia que no es fácil justificar en el actual estado de la evolución jurídica. En efecto, una vez introducido el error sobre la antijuridicidad en la reforma de 1983, carece de todo sentido renunciar a su aplicación en los casos que, posiblemente, constituyen uno de sus ámbitos de incidencia más genuinos, cualquiera sea el entendimiento dado al error sobre los presupuestos de la justificación.

706. — Por otra parte, si bien es cierto que en la doctrina dominante se rechaza la exigencia de un presupuesto general de la justificación consistente en un deber de cuidadosa comprobación de las circunstancias justificantes y, en particular, no se la requiere para la legítima defensa[39], no cabe duda de que, de allí a eliminar totalmente la responsabilidad en los casos de error evitable en relación a bienes jurídicos como la vida, la salud y la integridad corporal, importa, cuanto menos, una distribución de los riesgos del error seriamente cuestionable.

707. — El Código Penal (art. 20.4°,1°) establece que "en caso de defensa de los bienes se reputará agresión ilegítima el ataque a los mismos que constituya delito o falta y los ponga en grave peligro de deterioro o pérdida inminentes". En este párrafo se hace referencia a dos problemas: la cuestión de la interpretación de la antijuridicidad de la agresión en los ataques contra los bienes, que es la que aquí interesa, y la de los límites del derecho de defensa en estos casos, que trataremos más adelante.

708. — Córdoba Roda estima que no se requiere que dicho ataque represente un delito según el sentido completo de la noción del párra-

[39] Jakobs, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, p. 362 y ss. con matizaciones sobre la teoría dominante; Roxin, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, p. 514 y ss., claramente en contra de tal exigencia.

fo primero del art. 1° del Cód. Penal[40], por lo tanto, será suficiente con la "tipicidad y antijuridicidad" de un delito contra la propiedad[41]. Por el contrario, dado el punto de vista que hemos adoptado[42], estimamos que se deberá requerir también la capacidad de culpabilidad (imputabilidad y la conciencia del autor de la agresión) para que se pueda admitir un derecho pleno de defensa. De lo contrario, no se lo concederá cuando la agresión no se pueda evitar de otra manera.

709. — No se puede considerar satisfactorio el requisito del carácter delictivo de la agresión en el caso de la defensa de los bienes. Aquí, sin embargo, no se trata de una objeción valorativa, como en el caso de la presunción de agresión en la defensa de la morada. La decisión de exigir una cierta gravedad de la agresión para justificar la defensa de la propiedad no es en modo alguno incorrecta desde el punto de vista de los valores superiores del ordenamiento jurídico (art. 1°, *CE*). Pero su articulación técnico-legislativa es deficiente vista desde el ángulo de las concepciones dogmáticas actuales.

710. — En efecto, el problema de una corrección de ciertos excesos a los que pueden llevar los principios de la defensa necesaria y la máxima según la cual "el derecho no debe ceder ante lo injusto" es una parte sustancial de la historia de la legítima defensa[43]. Como es sabido, una rígida interpretación de esta máxima ha conducido a soluciones dudosamente justas. Un ejemplo claro de ello es el punto de vista de von Liszt[44], que entendía que la defensa necesaria de cualquier bien (sin tomar en consideración la ponderación de bienes) era admisible contra menores, personas enfermas mentales o que obraban con error sobre la antijuridicidad, pero no contra un animal, frente a cuyo ataque debían regir las reglas (más estrictas) del esta-

[40] Córdoba Roda, en Córdoba Roda - Rodríguez Mourullo, *Comentarios al Código Penal*, t. I, p. 237.

[41] Córdoba Roda, en Córdoba Roda - Rodríguez Mourullo, *Comentarios al Código Penal*, t. I, p. 238.

[42] Ver *supra*, § 49.

[43] Jescheck, *Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil*, p. 309.

[44] Liszt, *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*, 23ª ed., 1921, p. 145; otro punto de vista: Frank, *Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich*, 17ª ed., 1926, p. 153; Mezger, *Strafrecht, ein Lehrbuch*, 3ª ed., 1949, p. 233.

do de necesidad, es decir, básicamente la ponderación de bienes. El mejor tratamiento previsto por tal punto de vista para los animales (o, lo que es lo mismo, para la propiedad) que para las personas es tan evidente como injustificado.

711. — Sin embargo, la solución de estos problemas no consiste en convertir a la legítima defensa en un estado de necesidad o, dicho de otra manera, en legitimar la defensa no sólo cuando sea necesaria, sino cuando, además, sea proporcionado el daño causado al agresor con el que éste quería causar. En la jurisprudencia se hace referencia a una cierta semejanza en los medios empleados por el que se defiende y los del atacante[45]. Pero, este criterio no resulta adecuado, pues la defensa es una respuesta a una intervención ilegítima en la esfera de derechos del que se defiende con la finalidad de lograr la protección de intereses legítimos. La legitimidad de la defensa de tales intereses del que soporta la agresión antijurídica, como es claro, no debe depender, en principio, de límites establecidos para la protección del agresor que ha generado el conflicto y, consecuentemente, la ponderación de intereses carece en este marco de razón de ser: el agresor no es merecedor de una protección general en detrimento de la vigencia del derecho que se proponía vulnerar. En la legítima defensa es el agresor el que debe cargar con la responsabilidad del hecho. Pero, naturalmente, ello no puede conducir a una autorización de la defensa totalmente desconectada de sus consecuencias. El § 3 del Código Penal austriaco es también en este sentido un modelo adecuado cuando establece que: "La acción, sin embargo, no será justificada cuando resulte evidente que el agredido sólo estaba amenazado por un daño pequeño y la defensa sea desproporcionada, especialmente por la gravedad de los daños que a causa de ella tenga que sufrir el agresor".

712. — Lo importante de todo cuanto se ha dicho es que, por un lado, el problema de legitimar la defensa sólo cuando el interés defen-

[45] Cfr. entre otras las *SSTS* del 10/6/92, 6/10/92, 30/10/92, por citar las más recientes. En la doctrina no faltan puntos de vista semejantes que recogen la proporcionalidad como requisito general en el sentido del Código Penal italiano: Cfr. Córdoba Roda, *Comentarios al Código Penal*, p. 247; Jiménez de Asúa, *Tratado de derecho penal*, t. IV, 3ª ed., 1976, p. 215 y siguientes.

dido tenga una cierta relevancia y, por otro, la exclusión de la misma cuando requiera daños notoriamente desproporcionados respecto del interés defendido, es un problema general, que no se debe limitar a la defensa de los bienes. Sobre todo cuando la cláusula prevista en el actual art. 20.4°,1° del Cód. Penal solamente contempla un aspecto de la cuestión, dado que, si bien es cierto que requiere una agresión delictiva, no lo es menos que permite responder a tal agresión sin límite alguno. Con este precepto en la mano cabe pensar en la defensa legítima de un objeto de treinta mil pesetas a costa de graves lesiones irreversibles del autor de la tentativa de una falta de hurto, algo que choca con la conciencia jurídica de nuestros días.

713. — En suma: es preciso introducir una cláusula atemperadora de los efectos del principio básico de la defensa legítima, según el cual "el derecho no debe ceder ante lo injusto", aunque ello no debe conducir a dar cabida en forma general a una ponderación de bienes o intereses en el marco de la legítima defensa similar a la que es característica del estado de necesidad; lo recomendable, en definitiva, es una cláusula limitadora como la prevista en el § 3 del Código Penal austriaco, sin llegar a una identificación conceptual de la legítima defensa y del estado de necesidad.

714. — Una cláusula como ésta tendría la virtud de permitir resultados más justos sin el riesgo de vulnerar el principio de legalidad por una restricción teleológica del texto legal. En efecto: una reducción de los casos alcanzados por el texto de una causa de justificación es equivalente a la extensión del precepto legal, que contiene los elementos del tipo, por encima de los límites del texto legal, dado que tiene el efecto de ampliar la punibilidad sin el respaldo de la ley escrita y, por lo tanto, vulnerará uno de los requisitos que surgen del principio de legalidad, particularmente de la *lex stricta* o, lo que es lo mismo, la prohibición de extensión analógica de la punibilidad a casos no contemplados en la ley[46].

[46] Cfr. Hirsch, *Leipziger Kommentar*, 10ª ed., 1985, §§ 32, 35 y ss. con mayores indicaciones bibliográficas; el mismo en *Gedächtnisschrift für Tjong*, 1984, p. 62.

c — Necesidad de la defensa

715. — La defensa es necesaria si la acción del agredido es la menos dañosa de cuantas estaban a su disposición para rechazar la agresión en la situación concreta. La exigencia de que la necesidad sea racional se explica dentro de este marco: la necesidad de la acción de defensa es racional cuando ésta es adecuada para impedir o repeler la agresión. La relación entre la agresión y la acción necesaria para impedirla o repelerla, por tanto, debe ser tal que se pueda afirmar que, de acuerdo con las circunstancias del hecho, la acción concreta de defensa era adecuada para repeler o impedir la agresión concreta. No se debe confundir la relación que debe haber entre agresión y defensa y la proporción entre el daño que hubiera causado la agresión y el causado por la defensa. La racionalidad de la necesidad de la defensa sólo se vincula con la primera cuestión.

716. — Para determinar la necesidad de la acción es preciso tomar en consideración las acciones que el autor tenía a su disposición para impedir o repeler la agresión antes de comenzar la defensa y establecer si la emprendida es realmente la que hubiera impedido la lesión amenazada por la agresión causando menos daño. Por ejemplo: "A" tiene la posibilidad de impedir que "B" se apodere de una joya de su propiedad golpeándolo con un paraguas que tiene a mano pero, sin embargo, dispara con un arma de fuego que lleva consigo: la acción no es necesaria, pues cabría realizar otra menos dañosa.

En principio no es exigible al agredido que evite la agresión huyendo. Sólo en casos en que ésta provenga de un niño, de un enfermo mental, etcétera, como vimos, se debe exigir evitar la agresión por un medio distinto de la defensa[47].

d — Falta de provocación suficiente

717. — El derecho español ha requerido tradicionalmente como presupuesto de la defensa necesaria la falta de provocación de la

[47] En este sentido el Tribunal Supremo, *SSTS* del 21/10/1889 y 20/10/44; relativizando su punto de vista en las *SSTS* del 13/1/47 y 22/12/47.

agresión por parte del que se defiende. La interpretación de este requisito produce serias dificultades en la teoría y en la práctica[48].

En la teoría se discute si la provocación debe ser intencional o si es suficiente cuando ha ocurrido por descuido[49]. Asimismo hay quienes han interpretado la provocación como una agresión ilegítima, al entender por tal la acción que justifique la agresión, con lo que el requisito sería superfluo[50]. Las interpretaciones son, en general, insatisfactorias.

718. — La pérdida del derecho de defensa por parte del que es agredido ilícitamente está condicionada por una provocación que no necesita ser antijurídica pero sí "suficiente". Ello significa que debe consistir en un estímulo de una agresión antijurídica, pero no producida totalmente sin responsabilidad del agredido antijurídicamente. Bajo tales circunstancias es lógico que se excluya en estos casos un derecho de defensa completo, tanto como frente a ebrios, enfermos mentales, niños, etcétera, por ser innecesaria la ratificación del orden jurídico. Desde este punto de vista es indiferente que la provocación sea intencional o no.

e — Limitaciones del derecho de defensa necesaria

719. — Como se desprende del fundamento de la defensa necesaria, no es exigible, en principio, que haya proporcionalidad entre el daño que hubiera causado la agresión y el daño causado por la defensa, sino simplemente la necesidad de ésta respecto del fin de impedir la agresión (racionalidad).

Sin embargo, la proporcionalidad del daño que causaría la defensa respecto del daño amenazado por la agresión determina la exclu-

[48] Jiménez de Asúa, *La ley y el delito*, p. 297; Gimbernat Ordeig, *Introducción a la parte general del derecho penal español*, p. 59.

[49] Jiménez de Asúa, *Tratado de derecho penal. Parte general*, t. IV, p. 204.

[50] Jiménez de Asúa, *La ley y el delito*, p. 208; Córdoba Roda, en Córdoba Roda - Rodríguez Mourullo, *Comentarios al Código Penal*, t. I, p. 252; Cobo del Rosal - Vives Antón, *Derecho penal. Parte general*, t. III, p. 58; Zaffaroni, *Manual de derecho penal. Parte general*, p. 422.

sión del derecho de defensa si la desproporción es exagerada[51]. Por ejemplo: la defensa de una manzana no autoriza a privar de la vida al que se apodera de ella para hurtarla.

720. — Asimismo se excluye el derecho de defensa necesaria en los casos de estrechas relaciones personales (padres-hijos; esposos; comunidad de vida, etcétera). Ello sólo significa que en estos casos debe recurrirse, ante todo, al medio más suave, aunque sea inseguro. Por ejemplo: el marido no tiene derecho a matar a su mujer para impedir que ésta lo abofetee[52].

f — El elemento subjetivo de la defensa

721. — La exigencia de que el que se defiende haya obrado conociendo las circunstancias de la agresión ilegítima de la que era objeto y con intención de defenderse *(animus defendendi)* puede considerarse hoy opinión dominante[53].

g — Defensa propia y defensa de terceros

722. — El Código Penal (hasta la reforma de 1983, art. 8°, números 5 y 6) se refería a la defensa de terceros (sean parientes o extraños), que tiene el mismo fundamento que la defensa propia. Aunque el texto vigente no haga referencia a la defensa de terceros la justificación de estos casos no ofrece dudas.

[51] Jescheck, *Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil*, p. 276 y ss.; Lenckner, en Schönke - Schröder, *Strafgesetzbuch, Kommentar*, § 32, n° 50; Samson, *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, § 32, n° 22; Stratenwerth, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, n° 435.

[52] Con reservas: Samson, *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, § 32, n° 23-*a*).

[53] Jescheck, *Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil*, p. 275, con indicaciones bibliográficas; respecto de la dogmática española: Gimbernat Ordeig, *Introducción a la parte general del derecho penal español*, p. 51 y siguientes.

—§ 52—

El estado de necesidad

723. — El estado de necesidad ha merecido reconocimiento expreso tanto en el derecho vigente (art. 20.5°) como en el anterior.

El fundamento justificante del estado de necesidad es en la opinión de la mayoría el interés preponderante[54]. Lo que determina la exclusión de la antijuridicidad es, según este punto de vista, la necesidad de la lesión unida a la menor significación del bien sacrificado respecto del salvado. La necesidad de la lesión, por sí misma, sólo determinaría, bajo ciertas circunstancias, la exclusión de la culpabilidad[55]. La contrapartida de la justificación otorgada al autor es, naturalmente, el deber de tolerar impuesto al titular del bien sacrificado, que se ha denominado también "deber de solidaridad recíproca"[56]. De todos modos, es conveniente distinguir dos fundamentos diversos, según que se trate de un estado de necesidad defensivo o agresivo. El primero se justifica por la responsabilidad del titular de los bienes afectados en la generación de la situación de peligro. El segundo responde directamente al deber de solidaridad que el ordenamiento jurídico impone en ciertos casos.

724. — El estado de necesidad se presenta en dos formas distintas: colisión de bienes y colisión de deberes. En principio, son susceptibles de ser salvados de esta manera todos los bienes jurídicos. Estudiaremos a continuación los requisitos de esta causa de justificación.

725. — La primera cuestión que plantea el estado de necesidad concierne precisamente a su carácter justificante. El art. 20.5° del Cód. Penal contiene una disposición proveniente de la reforma de 1944, que amplió el estado de necesidad considerablemente, pues

[54] Jescheck, *Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil*, p. 283; Lenckner, en Schönke - Schröder, *Strafgesetzbuch, Kommentar*, § 34, n° 3; Samson, *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, § 34, n° 3; Stratenwerth, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, n° 453.

[55] Gimbernat Ordeig, *Introducción a la parte general del derecho penal español*, p. 62, con indicaciones bibliográficas.

[56] Samson, *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, § 34, n° 2; Jakobs, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*.

reemplazó la fórmula "que el mal causado sea menor", por otra según la cual es suficiente con "que el mal causado no sea mayor". En la doctrina existe un amplio consenso sobre el carácter justificante del estado de necesidad penal, aunque en lo referente a la extensión de este carácter las opiniones se dividen. Por un lado están los que consideran que el art. 20.5° contiene, a la vez, una causa de justificación, cuando el bien jurídico salvado es mayor que el sacrificado, y otra de exclusión de la culpabilidad, cuando el bien salvado y el sacrificado son de igual jerarquía[57]. Por otro, los que estiman que el art. 20.5° sólo contiene una causa de justificación[58]. Estas diferencias en la naturaleza del estado de necesidad dependen del criterio con el cual los distintos autores establecen la distinción entre causa de justificación y causas de exclusión de la culpabilidad. El primero de los puntos de vista parte de que la justificación se debe entender según el "principio del interés preponderante", mientras el segundo las diferencia de una manera formal según que el autor sea motivable por el derecho, en cuyo caso admite la justificación, o que no lo sea, supuesto en el que se tratará de una causa de exclusión de la culpabilidad[59].

726. — De todos modos, el estado de necesidad justificante, sea que reúna los caracteres de la justificación que surgen del principio del interés preponderante o sea considerado como causa de justificación a partir de cualquier otro criterio, ya tiene una fisonomía desconcertante como consecuencia del art. 118.1 del Cód. Penal. Esta disposición no le reconoce efecto justificante en el ámbito de la responsabilidad civil, privándolo de una consecuencia que la doctrina

[57] Antón Oneca, *Derecho penal. Parte general*, 2ª ed., 1986, p. 296, exigiendo para la causa de justificación "notoria superioridad del mal evitado sobre el causado"; Rodríguez Muñoz, notas a la trad. del *Tratado* de Mezger, t. I, 1955, ps. 450 y ss.; Cerezo Mir, *Curso de derecho penal español. Parte general*, t. II, 1990, p. 31 y ss., con matices; Bacigalupo, *Principios de derecho penal*, 2ª ed., 1990, p. 189 y siguientes.

[58] Así: Gimbernat Ordeig, en *Estudios de derecho penal*, 3ª ed., 1990, p. 218 y ss.; Mir Puig, *Derecho penal. Parte general*, p. 483 y siguientes.

[59] Cfr. Gimbernat Ordeig, en *Estudios de derecho penal*. Este punto de vista no es convincente, pues está obligado a considerar como causas de justificación supuestos de exención de pena como el del anterior art. 564 del Código Penal, que evidentemente no podría serlo pues los efectos de los casos allí previstos no se extienden a los partícipes, ni eliminan la responsabilidad civil; ver al respecto: Bacigalupo, *Delito y punibilidad*, 1983, p. 96 y siguientes.

considera, en general, como inherente a toda causa de justificación. Las opiniones que en la doctrina consideran que ello no impide reconocer el carácter justificante al estado de necesidad, porque esta disposición se basa en la gestión de negocios ajenos o el enriquecimiento injusto[60], no proporcionan una respuesta convincente, pues no tienen en cuenta que quien obra en estado de necesidad gestiona sus propios negocios y no los de otro, por lo que el art. 1888 del Cód. Civil ya no sería aplicable, ni parece razonable que la salvación de un bien jurídico propio pueda constituir un enriquecimiento injusto cuando es consecuencia de un acto justificado.

727. — El art. 118.1 del Cód. Penal, sin embargo, no es incorrecto, pero es poco preciso a causa de su generalidad. Por ello es imprescindible que no se lo interprete sin diferenciaciones. La obligación de reparar o indemnizar que allí se dispone en favor del que debe soportar el estado de necesidad de otro, debe regir sólo para el estado de necesidad agresivo[61], pero no para el defensivo[62]. La diferencia se justifica en la medida en la que en el estado de necesidad defensivo el peligro de daño es consecuencia de cosas pertenecientes al que tiene que soportar la acción defensiva y ello justifica un tratamiento diverso en la ley penal, dado que la civil guarda silencio al respecto.

728. — De todo ello surge que la regulación vigente del estado de necesidad, lo mismo que la más confusa que se introduce ahora en el art. 118.1.3ª del Cód. Penal, adolecen de una extrema simplificación. En primer lugar, es preciso establecer reglas diversas para el estado de necesidad defensivo y el agresivo. En segundo lugar, es preciso distinguir entre el estado de necesidad justificante y el estado de necesidad en el que colisionan bienes cuya diferencia jerárquica no es esencial.

60 Cerezo Mir, *Curso de derecho penal español*, p. 25, con mayores indicaciones bibliográficas.

61 Así ocurre en el derecho alemán, *BGB* § 904; cfr. al respecto Brox, *Allgemeines Schuldrecht*, 15ª ed., 1987, p. 180; Roxin, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, p. 495 y siguientes.

62 Recientemente ha destacado la diversidad de ambos supuestos de estado de necesidad la meritoria monografía de Baldo Lavilla, *Estado de necesidad y legítima defensa*, 1994, p. 168 y siguientes.

729. — Una segunda cuestión que resulta discutible en la regulación vigente sobre el estado de necesidad es la amplitud de la justificación a todas las formas de ataque a todos los bienes jurídicos posibles, o, mejor dicho, a la colisión de cualquier bien jurídico con otro.

730. — En los derechos penales europeos la extensión del estado de necesidad aparece limitada por tres vías diferentes:

a) Limitando los bienes jurídicos salvables en estado de necesidad (arts. 54, Cód. Penal italiano; 2045, Cód. Civil italiano: "peligro actual de grave daño a la persona"; art. 34, Cód. Penal suizo: "vida, cuerpo, libertad, honor, patrimonio").

b) Exigiendo una desproporción cualificada entre el bien jurídico salvado y el sacrificado (§ 34, Cód. Penal alemán: "el interés protegido supera esencialmente al dañado"; art. 34, Cód. Penal portugués: "sensible superioridad del interés a salvaguardar en relación al interés sacrificado").

c) Estableciendo una cierta exigencia de proporcionalidad de los medios utilizados para salvar el bien jurídico § 34, Cód. Penal alemán: "en tanto el hecho sea un medio adecuado"; Cód. Penal francés, "salvo si existe desproporción entre los medios empleados y la gravedad de la amenaza")[63].

731. — Por su parte, en la doctrina han comenzado a plantearse interpretaciones restrictivas del estado de necesidad mediante procedimientos hermenéuticos diversos, al dar respuesta al caso de colisión entre la integridad corporal y la vida de una persona, en ocasión del supuesto del médico que extrae un riñón a un paciente saludable para transplantarlo a otro al borde de la muerte, al que le salva la vida. Unas opiniones requieren que la relación jerárquica entre los bienes que colisionan sea "esencial" y que el medio empleado sea "socialmente adecuado"[64].

[63] En el derecho belga no existe una disposición expresa sobre el estado de necesidad y en el derecho austriaco se reconoce un estado de necesidad disculpante (Cód. Penal austriaco, § 10; la doctrina admite un estado de necesidad justificante supralegal).

[64] Bacigalupo, *Principios de derecho penal español*, 1985, p. 80; *Principios de derecho penal*, 2ª ed., 1990, p. 152; 3ª ed., 1994, p. 152.

Por otro lado se sostiene que la diferencia de jerarquía de los bienes jurídicos (en particular, vida - integridad corporal) no es suficiente para justificar la acción cuando se instrumentaliza la integridad física de una persona, que es un "fin en sí mismo", aunque sea para salvar la vida de otro. Por ello "no cabría admitir que obra en estado de necesidad el cirujano que extrae un órgano no principal de alguien sin su consentimiento para salvar la vida" de otro[65].

Finalmente se sostiene que "el estado de necesidad será una causa de justificación cuando el mal causado sea menor que el que se trataba de evitar, siempre que la conducta realizada no implique una infracción grave del respeto debido a la dignidad de la persona humana"[66]. En los casos en que se haya procedido con infracción grave de la dignidad de la persona se admite que el estado de necesidad sólo operará como "causa de inculpabilidad"[67], pero si además se da en el sujeto "una exclusión o considerable disminución de la capacidad de obrar conforme a la norma"[68].

732. — Estos distintos criterios, con los que la doctrina se hace cargo de una manera general y puntual de los límites del estado de necesidad, demuestran que la fórmula tradicional del estado de necesidad justificante requiere una revisión, pues las condiciones establecidas por el art. 20.5° del Cód. Penal no cumplen con las exigencias que requiere la conciencia jurídica actual. Con razón ha sostenido últimamente Jakobs, en el mismo sentido que las opiniones antes reseñadas, que "un saldo positivo de intereses no es suficiente para la jus-

[65] Mir Puig, *Derecho penal. Parte general*, 2ª ed., 1984, p. 402; 3ª ed., 1990, p. 502. En estos casos, en realidad, el estado de necesidad se excluye ya porque no existe colisión de bienes, es decir, porque el órgano que se extirpa a una persona para salvar a la otra no genera el peligro que amenaza a ésta.

[66] Cerezo Mir, *Curso de derecho penal español*, p. 32; en el mismo sentido: Cobo del Rosal - Vives Antón, *Derecho penal. Parte general*, 3ª ed.; 1990, p. 396; Bajo Fernández, *Manual de derecho penal. Parte especial*, "Delitos contra las personas", 2ª ed., 1991, p. 154.

[67] Cerezo Mir, *Curso de derecho penal español*, ps. 32 y 33.

[68] Cerezo Mir, *Curso de derecho penal español*, p. 35. En estos casos, sin embargo, es claro que la exclusión de la culpabilidad surge de la ausencia de capacidad de culpabilidad y no de un supuesto estado de necesidad disculpante, como lo propone Cerezo Mir.

tificación, cuando la solución del conflicto está canalizada por un procedimiento específico o en general excluida"[69]. Los esfuerzos interpretativos de la doctrina orientados a reducir el ámbito del texto actual del art. 20.5°, por otra parte, tienen las mismas dificultades que ya han sido analizadas en relación a la legítima defensa, pues implican reducciones teleológicas de la amplitud del texto de una causa de justificación, cuya compatibilidad con la exigencia de la *lex stricta* (prohibición de la analogía) ofrece serias dudas. En última instancia, estamos ante una redefinición del deber de solidaridad dentro de una sociedad libre e igualitaria, en la que los bienes más importantes no necesariamente pueden ser salvados sin más consideraciones a costa de los menos significativos.

a — Estado de necesidad por colisión de bienes o intereses

733. — A diferencia de la colisión de deberes, hay aquí un conflicto entre dos bienes de dispar valor.

1. *Situación de necesidad.* La base del estado de necesidad está dada por la colisión de bienes, es decir, por el peligro inminente de pérdida de un bien jurídico y la posibilidad de su salvación lesionando otro bien jurídico de menor valor relativo.
   Habrá peligro inminente cuando la pérdida de un bien jurídico aparezca como segura o muy probable.
   La situación de necesidad no debe haber sido creada por el titular del bien jurídico amenazado. Por lo demás, es indiferente si proviene de la acción (antijurídica o no) de una persona o de fuerzas naturales.
2. *Acción necesaria.* La justificación requiere en primer lugar que la acción sea necesaria. La necesidad se debe apreciar de acuerdo con los mismos criterios que fueron expuestos respecto del mismo requisito en la defensa necesaria[70]; la acción no es

[69] Jakobs, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, p. 427, donde subraya la importancia de una "cláusula de adecuación".

[70] Ver, *supra*, § 51, *c*).

necesaria si el peligro podía evitarse de otro modo, es decir, sin lesionar el bien jurídico.

734. — El bien salvado debe ser de mayor jerarquía que el sacrificado, de lo contrario faltará el efecto justificante. La determinación de la mayor jerarquía es problemática. En primer término se formuló el principio de la ponderación de bienes, según el cual debía estarse a la comparación de la jerarquía de los bienes jurídicos en colisión (por ejemplo: vida y propiedad; propiedad e integridad corporal; honor y libertad, etcétera). Contra este principio se sostiene que "limita la ponderación a bienes jurídicos considerados como si fueran una necesidad estática, aunque el conflicto que caracteriza un estado de necesidad está determinado por numerosos otros factores"[71]. Por lo tanto, se ha propuesto un punto de vista más amplio: el principio de la ponderación de intereses, cuya misión sería la de permitir considerar la totalidad de las circunstancias relevantes para la situación[72].

735. — Este principio de la ponderación de intereses no ofrece dificultades respecto del texto del Código Penal, que hace referencia a la comparación entre el "mal" evitado y el "mal" causado.

736. — En concreto, es posible afirmar que, partiendo del estado de necesidad como un conflicto de intereses y no sólo como un conflicto de bienes jurídicos, la ponderación de los intereses en juego requiere tomar en cuenta otros factores que rodean al conflicto de bienes. En este sentido, cabe señalar las siguientes reglas referentes a la ponderación de la total situación que forma la base del estado de necesidad.

737. — Debe partirse de la relación jerárquica de los bienes jurídicos en juego, es decir, de los bienes jurídicos que colisionan. El orden valorativo de estos bienes debe deducirse de la totalidad del ordena-

71 Lenckner, *Der rechtfertigende Notstand*, 1965, p. 94 y siguientes.

72 Lenckner, *Der rechtfertigende Notstand*, ps. 94 y ss.; Bockelmann, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, p. 99; Samson, *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, § 34, nº 10; Stratenwerth, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, nº 453; Hirsch, en *Leipziger Kommentar*, 10ª ed., 1985, § 51, nº 64.

miento jurídico; las penas amenazadas en la legislación penal para la violación de los mismos no son sino un indicio a efectos de la determinación de la jerarquía de los bienes. Sin embargo, debe quedar claro que, en principio, queda excluida la justificación mediante el estado de necesidad de acciones que importen la muerte de otro[73].

738. — Lo decisivo será, sin embargo, no la relación jerárquica de bienes, sino el merecimiento de protección de un bien concreto en una determinada situación social. En este sentido, pueden considerarse inclusive los intereses individuales del afectado o afectados por la acción de estado de necesidad: no es posible justificar el aborto contra la voluntad de la embarazada, aunque de esta manera se le salve la vida.

739. — La acción realizada en estado de necesidad sólo resultará justificada cuando la desproporción entre el interés que se salva y el que se sacrifica sea esencial. En otras palabras, tiene que haber una marcada diferencia en favor del interés que se salva.

740. — La comparación de bienes o intereses no autoriza, sin embargo, la realización de acciones que afecten bienes individuales, como, por ejemplo, extraer un riñón a una persona para trasplantarlo a otra a quien se salva la vida. En este caso la vida salvada es de mayor jerarquía que la integridad corporal, pero el límite frente a los bienes individuales excluye la posible aplicación del estado de necesidad justificante[74]. La razón de esta limitación reside en que la acción necesaria, en el estado de necesidad, debe constituir "un medio adecuado socialmente" para la resolución del conflicto. En otras palabras: la sola preponderancia de un interés no es suficiente para la justificación; se requiere además un juicio sobre la adecuación social del medio utilizado para resolver el conflicto de intereses. En todo ca-

[73] Lenckner, en Schönke - Schröder, *Strafgesetzbuch, Kommentar*, § 34, nº 23.

[74] Samson, *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, § 34, 16; Stratenwerth, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, nº 462; Bockelmann, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, p. 99 y ss.; Blei, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, t. I, p. 148; Gallas, en *Festschrift für Mezger*, 1954, p. 325; Hirsch, en *Leipziger Komentar*, nº 75.

so, la diferencia valorativa de los intereses en juego debe ser esencial. En el supuesto del trasplante que hemos analizado antes ya faltaría esta característica.

741. — No puede invocar el estado de necesidad quien está obligado a soportar el peligro por su función social; por ejemplo, un bombero no se puede amparar en el estado de necesidad para salvar un bien propio a costa de otro que desaparecería en el incendio; un militar no podría invocar el estado de necesidad porque su vida corre peligro en un combate, etcétera.

742. — Tampoco puede invocar el estado de necesidad quien ha provocado por sí o en forma culpable la situación de necesidad[75]. Ciertamente la justificación se excluye también cuando la provocación del estado de necesidad es intencional.

b — Estado de necesidad por colisión de deberes. Cumplimiento del deber y ejercicio de un derecho

743. — Las mismas pautas que rigen la solución de los casos de estado de necesidad por colisión de intereses son aplicables al caso de la colisión de dos deberes que imponen al obligado, al mismo tiempo, comportamientos contradictorios y excluyentes, de forma tal que el cumplimiento de un deber determina la lesión del otro. La teoría se divide entre los que consideran que un estado de necesidad propio por colisión de deberes sólo se da cuando colisionan dos deberes de actuar[76] y los que también aceptan un estado de necesidad por colisión de deberes cuando colisionan un deber de actuar y otro de omitir[77].

744. — La diferencia fundamental que existe entre la colisión de deberes y la colisión de bienes o intereses reside en que, en la colisión de deberes de igual jerarquía, el cumplimiento de uno de ellos tiene

[75] Hirsch, en *Leipziger Kommentar*, § 51, nº 63.

[76] Samson, *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, § 34, nº 27.

[77] Así, Jescheck, *Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil*, p. 293; Schmidhäuser, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, p. 476.

efecto justificante, aunque al mismo tiempo se lesione el otro: en todo caso se ha cumplido con un deber y el comportamiento no debería ser antijurídico[78].

Este punto de vista no es compartido, sin embargo, por un sector considerable de la teoría, que, ante la colisión de deberes de igual jerarquía, sólo reconoce al que cumple con uno de ellos, lesionando el otro, una causa de exclusión de la culpabilidad[79]. Esta posición, sin embargo, no resulta convincente, pues el orden jurídico no puede poner a una persona ante el dilema de obrar de una forma u otra bajo la amenaza de que, de todos modos, lo hará antijurídicamente.

745. — Pertenece en realidad a este ámbito la problemática del cumplimiento de un deber (art. 20.7°). Este sólo entrará en consideración como causa de justificación en tanto colisione con otro deber y, en este caso, la colisión se regirá por las reglas del estado de necesidad por colisión de deberes. Por este motivo su legislación en disposiciones autónomas es totalmente superflua. Naturalmente que el ejercicio de "oficio o cargo" seguirá también estas reglas (a pesar de que el Código Penal español parece considerarlos casos de ejercicio de un derecho). El "oficio o cargo" sólo tiene efecto justificante en la medida en que impone un deber específico al que lo desempeña.

746. — Por el contrario, no pertenece a este ámbito el llamado ejercicio de un derecho. Este, en verdad, importa la realización de un acto no prohibido: por lo tanto, en principio, el que toma una cosa mueble propia (en ejercicio del derecho de propiedad) no realiza un hurto justificado; tampoco comete allanamiento de morada (o violación de domicilio) el que entra en su propia casa, ni viola secretos ajenos el que lee sus propias cartas. Sin embargo, hay excepciones: la retención de cosas muebles autorizada por el Código Civil en el contrato de depósito, por ejemplo, es causa de justificación respecto de la apro-

[78] Samson, en *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, § 34, n° 2; Stratenwerth, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, n° 471; Kaufmann, Armin, *Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte*, 1959, p. 137; Otto, *Pflichtenkollision und Rechtswidrigkeitsurteil*, 1965; 2ª ed., 1974.

[79] Jescheck, *Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil*, p. 295; Gallas, *Beiträge zur Verbrechenslehre*, p. 59 y ss.; Schmidhäuser, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, p. 476 y siguientes.

piación indebida (art. 252, Cód. Penal). De aquí se deduce que el llamado ejercicio de un derecho sólo opera como causa de justificación cuando recae sobre bienes o derechos ajenos. En estos casos se tratará invariablemente de una autorización particular y específica para la realización de un tipo penal, con lo que no se diferenciará en nada de cualquier causa de justificación. De allí que las disposiciones que regulan expresamente el ejercicio de un derecho como una causa que excluye la antijuridicidad son totalmente superfluas.

c — El estado de necesidad por colisión de bienes de igual jerarquía

747. — El estado de necesidad es también posible cuando colisionan intereses de igual jerarquía. Esto está expresamente contemplado en el art. 20.5° del Cód. Penal, dado que la exclusión de responsabilidad allí prevista sólo requiere, en este sentido, "que el mal causado no sea mayor que el que se trate de evitar". En estos casos la teoría dominante considera que sólo se dará una causa de exclusión de la culpabilidad[80].

— § 53 —

EL ERROR SOBRE LAS CIRCUNSTANCIAS DE UNA CAUSA DE JUSTIFICACION

748. — La situación inversa a la anterior es la de la suposición errónea por el autor de circunstancias objetivas que, de haber concurrido, habrían justificado el hecho. Por ejemplo: el autor supone una colisión de bienes jurídicos que en verdad no se da, pues era posible salvar el bien mayor sin lesionar el menor.

749. — Las soluciones son aquí sumamente controvertidas. Una primera posición sostiene que debe excluirse el dolo, pues a él perte-

[80] Jiménez de Asúa, *Tratado de derecho penal. Parte general*, t. IV, p. 348 y ss., con amplia información bibliográfica.

nece la no suposición de circunstancias justificantes; si el error es producto de un comportamiento descuidado del autor cabe aplicar la pena del delito culposo, si éste es punible[81].

750. — Otro punto de vista sostiene que esta solución es correcta en sus resultados pero no en su fundamentación, pues no se trata de un error sobre elementos del tipo sino de un error de prohibición que, por lo tanto, no excluye el dolo. Para alcanzar los mismos resultados se propone que se apliquen en forma analógica las reglas del error de tipo, castigando así este error *sui generis* como si de aquél se tratara[82]. Esta forma de resolver el problema permite no excluir el dolo y, por lo tanto, tampoco la punibilidad de los partícipes, lo que no sería posible si en el hecho del autor faltara aquél.

751. — De estas posiciones se separa la teoría de la culpabilidad, para la cual estos casos presentan un error de prohibición y, dado que sólo pueden afectar a la conciencia de la antijuridicidad, no excluyen el dolo, debiendo ser tratados según las reglas de aquél[83].

En consecuencia estaremos ante un delito doloso, que no será culpable si el error sobre las circunstancias objetivas de la causa de justificación fue inevitable, pero que será punible con la pena del delito doloso en forma atenuada si tal error era evitable.

Dentro de esta teoría hay un sector que sigue la llamada teoría limitada de la culpabilidad, que entiende que en estos casos faltará el disvalor de acción, pues el autor quiere obrar en la forma en que lo permite el orden jurídico, y ello determina que no corresponda aplicar la pena del delito doloso sino, eventualmente, la del culposo.

[81] Roxin, *Strafrechtliche Grundlagenprobleme*, p. 98 y ss.; Rudolphi, en *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, § 16, nº 10; Gimbernat Ordeig, *Introducción a la parte general del derecho penal español*, p. 77; Torío López, *La reforma penal y penitenciaria*, 1980, p. 247.

[82] Stratenwerth, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, nº 499 y ss.; Jescheck, *Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil*, p. 266.

[83] Welzel, *Das Deutsche Strafrecht*, p. 168 y ss.; Hirsch, *Negative Tatbestandsmerkmale*, p. 314; Maurach, *Deutsches Strafrecht, Allgemeiner Teil*, p. 475 y ss.; Kaufmann, Armin, en "JZ", 1955, p. 37.

752. — La decisión en favor de una u otra de estas posiciones depende de los resultados a que conducen. La teoría de la culpabilidad (estricta), al considerar el error sobre los presupuestos de una causa de justificación como un error de prohibición y excluir la pena sólo en los casos de errores inevitables, permite una mejor protección de los bienes jurídicos y exige un mayor esfuerzo por parte de quienes creen obrar en una situación justificada.

753. — De todos modos, las diferencias entre una y otra teoría se pueden reducir si se tiene en cuenta que, para juzgar sobre la necesidad de la acción, es preciso ponerse en el momento en que el autor actúa[84]. Es decir, la situación objetiva se debe juzgar *ex-ante* y no *ex-post*. Por ejemplo: cuando "A" ve aparecer a un encapuchado con un arma de fuego en una calle oscura y comprueba que se le acerca en forma amenazante, habrá obrado justificadamente si se defiende con su arma y le causa la muerte, aunque posteriormente se pruebe que era una broma preparada por un grupo de amigos y que la víctima sólo llevaba un revólver de juguete. La consideración *ex-ante* determina que la situación de legítima defensa se deba tener por acreditada, aunque la consideración *ex-post* (fundada en el conocimiento que es posible tener una vez ocurrido el hecho) indique que la acción de defensa no era necesaria (en el ejemplo propuesto porque, tratándose de una broma, el autor no corría peligro alguno que reclamara la acción de defensa con resultado mortal). De esta forma, las causas de justificación imponen al que quiere obrar amparado en ellas comportarse en la situación concreta como lo hubiera hecho "una persona razonable"[85].

De esta manera, igualmente, muchos casos de error sobre las circunstancias objetivas de una causa de justificación serían directamente justificantes.

754. — El art. 14.3 del Cód. Penal regula el error de prohibición o sobre la antijuridicidad y es inmediatamente aplicable a los errores sobre las circunstancias objetivas de una causa de justificación. En

[84] Kaufmann, Armin, en *Festschrift für Welzel*, p. 400 y siguientes.
[85] Kaufmann, Armin, en *Festschrift für Welzel*, p. 402.

efecto, tal disposición se refiere a los casos en que el autor ha actuado con la creencia errónea... de estar obrando lícitamente y no cabe duda de que quien supone erróneamente la concurrencia de circunstancias justificantes obra en la citada creencia.

El nuevo texto es —de todos modos— criticable porque también el que ignora una circunstancia del tipo —por ejemplo, cree disparar sobre una pieza de caza y lo hace sobre una persona escondida bajo una mata— cree obrar lícitamente, pues ni tiene ocasión de pensar en la ilicitud. El legislador ha incurrido en la falta de definir el error del primer párrafo del artículo con referencia al objeto del mismo, mientras en el párrafo segundo se hace la definición en relación con el aspecto subjetivo del autor, sin reparar en que este último elemento no permite una distinción adecuada porque alcanza a todas las especies de error[86].

[86] Bacigalupo, en *LLespañola*, 1981, p. 919 y siguientes.

Capítulo VIII

La exclusión de la punibilidad por la reducida ilicitud de hecho típico (ausencia de responsabilidad por el hecho)

— § 54 —

La responsabilidad por el hecho como categoría dogmática

755. — Junto a las causas de justificación, que expresan la *aprobación del orden jurídico* respecto del hecho típico, existen otros supuestos en los que el Estado renuncia a la aplicación de una pena por la *insuficiencia de la gravedad de la ilicitud para justificar la aplicación de una pena.* Una cosa es que el orden jurídico *apruebe* la realización de una acción (la justifique) y otra es que la gravedad de la ilicitud sea insuficiente para legitimar el ejercicio del *jus puniendi.* Desde el punto de vista de la confianza en la vigencia de las normas ambas cuestiones son diversas.

756. — Los problemas de la disminución de la ilicitud han sido tratados tradicionalmente como cuestiones de exclusión de la culpabilidad, más concretamente como supuestos de *exclusión de la exigibilidad*, admitiendo, prácticamente, una presunción de exclusión de la culpabilidad entendida como la posibilidad de obrar de otra manera[1]. Sin embargo, una vez comprobado que, en realidad, la exclusión de la pena sólo tenía como fundamento la reducida significación de la ilicitud, una solución como la que aquí se propone es totalmente in-

[1] Bacigalupo, en *Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann*, p. 459 y ss. y 463 y siguientes.

dependiente de la concepción material de la culpabilidad de la que se parta.

a — El problema dogmático

757. — Si se echa una mirada a la literatura jurídico-penal se percibirá de inmediato hasta qué punto se produce un fenómeno dogmático por el que los límites entre causas que excluyen lo ilícito y causas que excluyen la culpabilidad comienzan a no ser tajantes. Tales fenómenos sugieren que los presupuestos valorativos de las causas tradicionales de justificación y de inculpabilidad se habrían modificado, o inclusive, que continúan modificándose. Las tesis de Armin Kaufmann relativas a la disminución de la ilicitud y a la cuantificación de la culpabilidad han contribuido a esta evolución de una manera significativa[2].

758. — En la literatura jurídico-penal actual se encuentran diversos puntos de partida que tienden a reducir los efectos de ciertas causas de justificación, de tal manera que se las acerca a las causas que excluyen la culpabilidad. Entre éstas destacan, sobre todo, los casos en los que la exclusión de la ilicitud deja, sin embargo, subsistente el derecho de defensa del afectado; es decir: las llamadas "simples autorizaciones de acción" propuestas por Lenckner. En tales supuestos se reconoce a aquel que debe soportar la acción autorizada un derecho de defensa. Se trata de situaciones en las que la acción está justificada, pero no su resultado, dado que el bien jurídico no habría perdido la protección del orden jurídico (por ejemplo, en el ejercicio del derecho de información del art. 20 de la *CE*)[3].

759. — Por otra parte, en la teoría existen propuestas según las cuales en los casos de inexigibilidad los resultados se completan al menos con algunos efectos propios de las causas de justificación. En este sentido cabe mencionar la tesis de Maurach de la responsabili-

[2] Günther, *Strafrechtswidrigkeit und Strafunrechtsausschluß*, 1983, p. 114 y siguientes.

[3] Cfr. Bacigalupo, en *Estudios sobre el Código Penal de 1995*.

dad por el hecho. Asimismo cabe hacer referencia en este contexto a las opiniones que consideran que el llamado estado de necesidad disculpante extiende sus efectos a los partícipes como consecuencia de su menor contenido de ilicitud[4]. En la misma dirección es de considerar el punto de vista que no admite la legítima defensa contra un estado de necesidad sólo disculpante, es decir, que rechaza la equiparación de la agresión antijurídica como presupuesto de la defensa necesaria y de la acción (en sí antijurídica) ejecutada bajo el amparo de un estado de necesidad "disculpante". La consecuencia a la que este criterio conduce es que "quien es afectado por el estado de necesidad de otro tiene que eludirlo y que a su favor sólo se da un estado de necesidad disculpante, sin que entre en consideración una defensa justificante"[5].

760. — Incluso en el ámbito de las excusas absolutorias o fundamentos que excluyen la punibilidad se encuentran puntos de vista que reúnen elementos de las causas de justificación y de las de inculpabilidad. En este sentido, se reconocen las llamadas excusas absolutorias objetivas, que ciertamente no contienen un derecho a obrar de determinada manera, pero que en el marco de la participación operan como una causa de justificación respecto de *todos* los partícipes, dado que "rigen ilimitadamente"[6]. La única diferencia que existe entre las "excusas absolutorias objetivas" y las "simples autorizaciones de acción" sólo se manifiesta en que en las primeras el error es irrelevante (como error sobre la punibilidad), mientras que en las segundas se aplican las reglas del error de prohibición en lo que sea pertinente —una diferencia altamente problemática[7]—. Por último, no cabe duda de que el intento de aplicar la teoría del ámbito libre de derecho en relación a la problemática de las decisiones autorrespon-

[4] Rudolphi, en "ZStW" 78 (1966), p. 66 y ss.; ídem, en *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 5ª ed., 1987, § 35, nº 21.

[5] Schmidhäuser, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 2ª ed., 1975, p. 467.

[6] Jescheck, *Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil*, 3ª ed., 1978, p. 148; Maurach - Zipf, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, § 35, V B 4*b*; Roxin, en "JuS", 1988, p. 431 y ss.; Schönke - Schröder - Lenckner, *Strafgesetzbuch, Kommentar*, 23ª ed., 1988, §§ 32 y ss., nº 131.

[7] Cfr. Bacigalupo, *Delito y punibilidad*, 1985.

sables[8] pone en tela de juicio la "disyunción exclusiva" adecuado a derecho/contrario a derecho[9].

761. — Es verdad que no faltan voces que alertan respecto de estas tendencias, dado que las causas de justificación que dejan subsistente el derecho de legítima defensa del afectado, de facto —opina Roxin—[10] esfuman la distinción entre ilícito y culpabilidad. Ante esta situación es legítimo formularse la pregunta sobre la necesidad de una categoría de eximentes intermedia entre la justificación y la exclusión de la culpabilidad. Esta solución, de todos modos, ha sido hasta ahora rechazada por la doctrina dominante.

b — La posición sistemática de la "exigibilidad"

762. — Si consideramos ahora la propuesta más significativa de una categoría intermedia, es decir, la de la responsabilidad por el hecho, presentada por Maurach en Alemania y más tarde introducida por Jiménez de Asúa en España, se comprobará que el punto de partida de Maurach es que la culpabilidad contiene un reproche, pero que la reprobación del hecho no significa todavía un reproche (del autor)[11]. El primer nivel de la imputación, por lo tanto, debe ser la *responsabilidad por el hecho*[12]. El contenido de ésta está formado por las llamadas causas que excluyen la culpabilidad, dado que la teoría de la responsabilidad por el hecho es, materialmente, una teoría de los fundamentos que excluyen la responsabilidad. Por lo tanto, el punto de vista de Maurach resulta estar fuertemente influido por la idea básica que informa las causas de exclusión de la culpabilidad, es decir, que éstas se estructuran sobre la posibilidad de motivación del

[8] Kaufmann, Arthur, *Festschrift für Maurach*, 1972, p. 327 y ss.; Otto, *Recht auf den eigenen tod? Strafrecht im Spannungsverhältnis zwischen Lebenserhaltung und Selbstbestimmung*, 1986, p. 21.

[9] Cfr. también E. Larrauri en Hassemer - Larrauri, *Justificación material y justificación procedimental en el derecho penal*, 1997, p. 65.

[10] Roxin, *Festschrift für Oehler*, p. 195.

[11] Maurach, *Schuld und Verantwortung im Strafrecht*, 1948, p. 36.

[12] Maurach, *Schuld und Verantwortung im Strafrecht*, 1948, p. 44.

término medio de las personas[13]. Por el contrario, la culpabilidad y la exclusión de la culpabilidad presuponen una extrema individualización.

La dicotomía responsabilidad por el hecho/culpabilidad se basa, por lo tanto, para Maurach, en un diverso nivel de individualización que se percibe en las auténticas causas de exclusión de la culpabilidad (imputabilidad) y en los casos no-exigibilidad.

763. — Con razón ha criticado Armin Kaufmann la teoría de Maurach, señalando que la generalización también es posible en relación a los casos de inimputabilidad. Stratenwerth y Roxin han agregado que una extrema generalización ni siquiera sería posible en el caso de la inimputabilidad, por lo que la generalización es también necesaria en estos supuestos[14]. Con estos argumentos la responsabilidad por el hecho, en la versión de Maurach, pierde prácticamente todos sus fundamentos.

764. — Sin embargo, la cuestión de una categoría intermedia entre la justificación y la exclusión de la exigibilidad no está fuera de cuestión a través de estas argumentaciones, toda vez que la vinculación de las causas que excluyen la exigibilidad y la culpabilidad continúa siendo problemática. Tan pronto como el llamado estado de necesidad es reconocido como un caso de disminución de la ilicitud[15] y la exigibilidad no puede ser tratada como presupuesto de la culpabilidad ni como elemento de la reprochabilidad, la cuestión de su clasificación dogmática se convierte en poco clara. La opinión dominante concibe el llamado estado de necesidad disculpante, de todos modos, como un elemento de la culpabilidad, lo que no aclara la situación, y consecuentemente, una discusión de las razones que podrían existir para ello.

[13] Maurach, *Deutsches Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 4ª ed., 1971, p. 377.

[14] Stratenwerth, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 3ª ed., 1981, nº 513; Roxin, *Festschrift für Henkel*, 1974, p. 180; Hirsch, *Leipziger Kommentar*, 10ª ed., § 32, nº 174.

[15] Kaufmann, Armin, *Lebendiges und Totes in Bindings Normentheorie*, 1954, p. 194 y ss.; ídem, *Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte*, 1959, p. 151 y ss.; ídem, "ZStW" 80 (1968), p. 34 y ss.; ídem, *Strafrechtsdogmatik zwischen Sein und Wert*, 1982, p. 229 y ss.; de manera similar, Rudolphi, en "ZStW" 78 (1966), p. 86.

765. — En primer lugar, ha sido Armin Kaufmann[16] quien ha comprobado que el juicio de culpabilidad puede ser formulado "aunque no se den los demás presupuestos de la exigibilidad". Consiguientemente, la exigibilidad no sería un presupuesto de la reprochabilidad. Las causas que excluyen la culpabilidad —concluye Armin Kaufmann— "no serían, en verdad, un problema de la fundamentación de la reprochabilidad, sino de la cuantificación del reproche de culpabilidad"[17]. Especialmente ilustrativa es la fundamentación de este punto de vista: "La comprobación de que la no-exigibilidad se compone de disminución de la ilicitud, carece por sí sola *de todo efecto dogmático-sistemático*. Pues obviamente no se trata de una causa de justificación y, por ello, los fundamentos de reducción del contenido de ilicitud no tienen una posición propia en la estructura del delito. Lo decisivo es el efecto de la disminución de la ilicitud en espera de la culpabilidad: disminución de la ilicitud significa siempre al mismo tiempo también disminución de la culpabilidad"[18]. De allí deduce Armin Kaufmann que si las causas que excluyen la exigibilidad deben ser consideradas elementos de la cuantificación de la culpabilidad, resultará claro que la teoría de la responsabilidad por el hecho trastoca el orden lógico de las valoraciones: la comprobación razonable de la exigibilidad —opina—[19] presupone que previamente se haya comprobado la reprochabilidad.

766. — También Rudolphi[20] entiende que el estado de necesidad (disculpante o excluyente de la exigibilidad) no es sino un caso de reducción de la ilicitud tipificado, pero, no obstante ello, estima que el efecto propio del estado de necesidad tiene lugar en el marco de la culpabilidad, dado que las raíces disculpantes del estado de necesidad y no su reducido contenido de ilicitud tienen que ser decisivos para su clasificación sistemática[21]. De otra manera, piensa Rudolphi, no se podría aclarar que el legislador sólo dispense impunidad a los

16 Kaufmann, Armin, *Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte*, p. 155.
17 Kaufmann, Armin, *Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte*, p. 158.
18 Kaufmann, Armin, *Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte*, p. 157.
19 Kaufmann, Armin, *Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte*, p. 161.
20 Rudolphi, en "ZStW" 78 (1966), p. 67 y siguientes.
21 Rudolphi, en "ZStW" 78 (1966), p. 87.

parientes del afectado por la situación de necesidad, pero no lo haga respecto de los extraños. "La consideración del estado de necesidad jurídico-penal en el marco de la teoría de la culpabilidad permite no sólo una correcta ponderación de su segundo fundamento y proporciona de esta manera una correcta explicación de su limitado ámbito de aplicación, que no resulta justificado en la teoría de lo ilícito"[22]. Por consiguiente, la reducción de lo ilícito propia del estado de necesidad tiene que ser entendida como una "tipificación de una atenuación de la culpabilidad en el ámbito de ésta"[23].

767. — Ambos puntos de vista no pueden explicar por qué razón una *real* disminución de la ilicitud tiene mayor peso en la decisión sobre la posición sistemática del estado de necesidad que una presión sobre la motivación del autor que, en realidad, sólo se presume. Los casos de no exigibilidad, cuyo efecto eximente prácticamente sólo se fundamenta en la disminución de la ilicitud, en verdad, deberían ser tratados como elementos de la cuantificación de la ilicitud. A una conclusión similar ya había llegado Beling al principio de este siglo cuando señalaba, criticando el concepto de reprochabilidad de la teoría normativa de la culpabilidad, que aquél conducía a una superposición de los problemas de lo ilícito y la culpabilidad[24].

768. — El resultado al que llegaba Armin Kaufmann sólo era inexorable si desde el principio se excluía la posibilidad de que la cuantificación de la ilicitud tuviera algún efecto en el ámbito de lo ilícito. Dicho con otras palabras, sólo mediante la *petitio principii* de suponer que la reducción de la ilicitud sólo puede ser un elemento de la cuantificación de la culpabilidad, será lógicamente incorrecto adelantar las consecuencias de la disminución de lo ilícito al ámbito de esta categoría dogmática. Es decir: la argumentación de Armin Kaufmann da por probado lo que, en realidad, hay que probar. En realidad, el verdadero punto de partida de la argumentación de Kaufmann es, por el contrario, el rechazo de la teoría de la neutralidad del estado de necesidad; por ello sus objeciones contra la teoría

[22] Rudolphi, en "ZStW" 78 (1966), p. 87.
[23] Rudolphi, en "ZStW" 78 (1966), p. 89.
[24] Cfr. Beling, *Schuld, Unschuld und Schuldstufen.*

de la responsabilidad por el hecho no son lógicas, sino axiológicas. Ello se demuestra claramente a través de la exclusión de todo compromiso que Kaufmann postula en relación a la teoría de la neutralidad del estado de necesidad, cuando afirma: "si el estado de necesidad legalmente regulado en el § 54 del *StGB* (versión anterior a 1975) no justifica, es decir, no contiene ninguna autorización de actuar, es claro que el autor que obra en estado de necesidad infringe un deber jurídico y su conducta no puede ser 'no prohibida' "[25]. Pero, nuevamente, es claro que de aquí no es posible todavía deducir nada que anule la posibilidad de una categoría propia de eximentes basadas en la disminución de la ilicitud. En efecto, la consecuencia dogmática de la disminución de la ilicitud puede ser mejor explicada antes de formular un juicio sobre la culpabilidad que luego de un desvío a través de esta última, en la cual —como lo señalara el propio Kaufmann— la capacidad de motivación, por regla, permanece a pesar de la presión sufrida por el autor. Esto tiene mucha mayor significación si se toma en cuenta que la presión sobre la motivación "ni siquiera necesita haber existido *in concreto*"[26]. De esta manera, el compromiso con la teoría de la neutralidad es innecesario. Por lo tanto, si el llamado estado de necesidad "disculpante" no puede justificar, siempre queda abierta la posibilidad de considerar que desaparece el merecimiento de pena a causa de la disminución de la ilicitud, sin necesidad de recurrir a una disminución de la culpabilidad solamente presumida. Contra esta solución no existe ningún impedimento lógico.

769. — Por el contrario, contra las objeciones lógicas de Kaufmann, por otra parte, hablan otros argumentos sistemáticos. La disminución de lo ilícito no depende de la culpabilidad, es decir, tendrá sus efectos eximentes incluso para el autor que haya obrado en estado de incapacidad de culpabilidad. En estos casos la aplicación de una medida de seguridad resulta desproporcionada, dado que no es posible apoyar la imposición de la misma en consideraciones preventivo-especiales[27]. De ello se deduce que las llamadas "causas fácticas

[25] Kaufmann, Armin, *Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte*, p. 156.

[26] Kaufmann, Armin, en "ZStW" 80 (1968), p. 45.

[27] Otra opinión: Jescheck, *Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil*, 3ª ed., 1978, p. 348; Hirsch, *Leipziger Kommentar*, 10ª ed., § 32, nº 174; Roxin, en Esser - Fletcher

de inculpabilidad" nada tienen que ver con la cuantificación de la culpabilidad, pues deben operar inclusive cuando el autor no es culpable y, por ello, no existe ninguna culpabilidad que cuantificar.

770. — Estas críticas se pueden extender también al punto de vista de Rudolphi. Si se acepta el punto de partida del mismo, que extiende la impunidad al partícipe en un hecho cubierto por un estado de necesidad disculpante, aunque dicho partícipe no haya obrado presionado en su motivación ni sea pariente del afectado por la necesidad, se pone nuevamente de manifiesto que la exclusión de la culpabilidad no brinda un fundamento suficiente para la no punibilidad del partícipe ni para la clasificación sistemática del estado de necesidad llamado disculpante.

771. — Es, en consecuencia, claro que una inculpabilidad meramente presumida, dado que no necesita existir realmente, difícilmente puede operar como fundamento de la clasificación de una eximente en la estructura de la teoría del delito. Por el contrario, eximentes que no excluyen completamente la ilicitud ni son explicables convincentemente por medio de la exclusión de la culpabilidad, bien pueden constituir una categoría intermedia en la que la renuncia a la punibilidad no implica la renuncia a la ratificación de la norma infringida. De esta forma, en los casos de no punibilidad basada en el reducido contenido de ilicitud, la figura de la inculpabilidad presumida es, evidentemente, prescindible. Por ello también es claro que carece de toda legitimidad para fundamentar una decisión sobre una posición sistemática de ciertas eximentes que, en verdad, aparece como previamente adoptada. Brevemente: si se acepta el punto de vista de Armin Kaufmann, que considera el estado de necesidad ("disculpante") como una eximente que sólo se basa en la disminución de la ilicitud, ya no se tratará de "un escalón previo a la culpabilidad"[28], sino de una situación intermedia posterior a la justificación e inde-

(eds.), *Rechtfertigung und Entschuldigung*, 1987, t. I, p. 242; como aquí Jakobs, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 1983, p. 404; Amelung, en *Grundfragen des modernen Strafrechtssystems*, ed. por von Schünemann, 1984, p. 101 y siguientes.

[28] Maurach - Zipf, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, p. 411.

pendiente de la culpabilidad[29]. La posibilidad teórica de responsabilidad por el hecho, como una categoría de eximentes basada en el reducido contenido de ilicitud, resulta, por lo tanto, consistente.

c — Delimitación frente a otras propuestas teóricas

772. — Como Roxin[30] ya lo ha señalado, la teoría de la responsabilidad por el hecho tiene una amplia relación con la categoría de la responsabilidad que él ha diseñado. De todos modos, Roxin no cree necesario que los casos de estado de necesidad ("disculpante") y los de exceso en la legítima defensa deban ser agrupados en una categoría independiente de eximentes. Entendiendo la antijuridicidad, como Roxin[31], en el sentido del "ámbito de solución de los conflictos sociales" y la culpabilidad (es decir, la responsabilidad), en lo esencial, como una cuestión de la necesidad de la sanción, cuestión que se debe responder de acuerdo con la teoría de los fines de la pena, podría surgir la apariencia de que para una categoría intermedia no existe el espacio teórico necesario. Es una consecuencia de este modelo que todos aquellos casos en los que se ha comprobado la antijuridicidad sólo pueden ser considerados desde el punto de vista de la necesidad de la sanción[32]. Esto debería regir también para los supuestos de reducción de la ilicitud, en la medida en la que no se les reconozca —como Roxin—[33] ninguna consecuencia en el ámbito de la solución del conflicto social, es decir, de lo ilícito. En este sentido piensa Roxin que en el estado de necesidad llamado "disculpante" la renuncia a la pena no se fundamenta en la disminución de la ilicitud, sino en la ausencia de razones preventivas que la impongan[34].

[29] Así también Amelung, en Schünemann (eds.), *Grundfragen des modernen Strafrechtssystems*, 1984, p. 85 y ss. y p. 102.

[30] Roxin, en Eser - Fletcher (eds.), *Rechtfertigung und Entschuldigung*, t. I, p. 229 y ss. y p. 246.

[31] Roxin, *Kriminalpolitik und Strafrechtssystem*, 1970, p. 515 y siguientes.

[32] Roxin, *Festschrift für Oehler*, 1985, p. 181 y siguientes.

[33] Roxin, *Festschrift für Oehler*, 1985, p. 195; ídem, en Eser - Fletcher (eds.), *Rechtfertigung und Entschuldigung*, t. I, p. 246; ídem, en "JuS", 1988, p. 425 y siguientes.

[34] Roxin, en Eser - Fletcher (eds.), *Rechtfertigung und Entschuldigung*, t. I, p. 246.

773. — También Jakobs[35] sigue un punto de vista semejante, aceptando que la necesidad de la reacción penal es un problema de la culpabilidad, en cuyo ámbito debe tener lugar la "sistematización de la importancia de la infracción de la norma". La explicación de la disculpa fundada en el estado de necesidad (del § 35 del *StGB*) se debe deducir, piensa Jakobs, "observando el fin de la pena".

774. — Esta tesis resulta problemática, sobre todo, porque pretende reunir en una única categoría eximentes que se fundamentan en la disminución de lo ilícito con otras que para nada afectan la ilicitud: también aquí la "presunción de una coacción espiritual"[36] es el fundamento de una clasificación sistemática que, en realidad, no es sino la consecuencia de un sistema que no puede ofrecer mejores soluciones.

775. — Sin perjuicio de lo anterior, los casos de disminución de la ilicitud tienen, además, una significación que los vincula con el ámbito de la solución del conflicto social, en el sentido de Roxin. En efecto, se encuentran más cerca de esta zona del sistema que de la cuestión de si el autor, individualmente considerado, debe ser responsabilizado desde la perspectiva de la teoría de los fines de la pena. Es claro que el autor, como tal, no tiene ningún papel en el marco de la renuncia a la pena en el llamado estado de necesidad disculpante, por lo que sólo cabría remitirse a consideraciones preventivo-generales[37]. Pero las cuestiones de la prevención general también tienen efecto fuera de la culpabilidad y, sobre todo, en el ámbito de la solución del conflicto social al que se refiere Roxin.

776. — Precisamente ha sido Amelung quien ha señalado que la solución del conflicto por sí misma ya no sería algo "específico de las causas de justificación", dado que el tipo penal también tiene tal mi-

35 Jakobs, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 1983, p. 8.

36 Jakobs, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 1983, p. 471.

37 Así también en los resultados Jakobs, *Schuld und Prävention*, p. 21; otro más Roxin, *Kriminalpolitik und Strafrechtssystem*, p. 33; el mismo, *Festschrift für Henkel*, p. 183; el mismo en: Esser - Fletcher (eds.), *Rechtfertigung und Entschuldigung*, t. I, p. 244 y siguientes.

sión político-criminal[38]. Este punto de vista puede ser desarrollado en el sentido de que la prevención general tampoco es algo específico de la culpabilidad. La solución del conflicto sin la aplicación de una pena[39] también puede tener lugar fuera del ámbito de la culpabilidad, cuando la renuncia a la pena tiene lugar por razones preventivo-generales, que tienen más relación con el hecho que con el autor. Manteniéndonos dentro del paradigma de Roxin, inclusive podría plantearse la cuestión de si el exceso en la legítima defensa—a la luz de estas correcciones— también podría llegar a formar parte de la exclusión de la responsabilidad por el hecho, dado que también en ellos se registra una disminución de la ilicitud. La cuestión puede quedar, por ahora, de lado, pues se refiere a un problema particular que no afecta la cuestión de la categoría de la responsabilidad por el hecho como tal.

777. — El resultado de estas consideraciones sobre la tesis propuesta por Roxin demuestra que sus puntos de partida deberían conducir antes a la aceptación que al rechazo de la responsabilidad por el hecho en la forma con la que aquí se la propone.

La categoría dogmática de la responsabilidad por el hecho se fundamenta, por un lado, en la diferencia que existe entre la exclusión de la pena proveniente de la ausencia de antijuridicidad, que implica una falta total de desaprobación por parte del orden jurídico, y la exclusión de la pena resultante de la falta de desaprobación jurídico-penal, es decir, la que se expresa en la renuncia del Estado a sancionar una acción típica y antijurídica *aunque haya sido realizada culpablemente*. Por otro lado, se fundamenta en la diferencia que existe entre los supuestos que componen esta categoría y las causas que excluyen la culpabilidad en sentido estricto (causas que excluyen la capacidad de motivación o la imputabilidad y el error de prohibición).

778. — La falta de desaprobación jurídico-penal no depende, como se ha dicho, de la falta de culpabilidad. Por este motivo no tiene sen-

[38] Amelung, en Schünemann (eds.), *Grundfragen des modernen Strafrechtssystems*, 1984, ps. 89 y 92.

[39] Jakobs, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, p. 8.

tido práctico hacer su análisis una vez comprobada ésta. De la misma manera, no tiene ningún sentido práctico comprobar la culpabilidad una vez establecido que el hecho típico y antijurídico no merece desaprobación jurídico-penal.

779. — Las diferencias respecto de las causas que excluyen la antijuridicidad y las que excluyen la culpabilidad en sentido estricto, por una parte, y las razones prácticas que acaban de señalarse brindan el fundamento conceptual de esta categoría. Ello permite agrupar tanto las llamadas causas de "inculpabilidad" (el estado de necesidad disculpante, el miedo insuperable y el exceso en los límites de una causa de justificación) como, probablemente, algunas excusas absolutorias, así como las causas que excluyen la punibilidad del aborto y en ciertos conflictos de derechos fundamentales (libertad de expresión y derecho al honor). Ni unas ni otras eliminan la antijuridicidad ni la culpabilidad. El elemento aglutinante de estas causas en la categoría de la responsabilidad por el hecho reside en la exclusión de la desaprobación jurídico-penal y en su ineficacia para excluir la desaprobación del orden jurídico: el hecho es contrario a este último, pero no es sancionado penalmente aunque el autor hubiera podido comportarse de otra manera (hubiera sido capaz de motivación y tenido conciencia de la desaprobación del orden jurídico). Por lo demás, tanto en las llamadas causas de "inculpabilidad" como en los otros supuestos mencionados se reconoce una atenuación del disvalor de lo ilícito[40].

— § 55 —

LOS EFECTOS PRACTICOS DE LA EXCLUSION DE LA RESPONSABILIDAD POR EL HECHO

780. — La falta de responsabilidad por el hecho determina los siguientes efectos prácticos:

[40] Cfr. Bacigalupo, en "Cuadernos de Política Criminal", nº 6, p. 14; del mismo: *Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann*, ps. 459 y ss. y 465.

a) Excluye la aplicación de la pena o la medida de seguridad respecto del autor.
b) La no punibilidad se extiende, en principio, a los partícipes.

781. — La primera de estas consecuencias prácticas ya ha sido explicada: el incapaz de motivación no puede ser puesto en peores condiciones que el capaz de ella.

La segunda se explica por las siguientes razones: las causas que excluyen la responsabilidad por el hecho no tienen un efecto uniforme respecto de los partícipes; mientras el estado de necesidad disculpante puede extenderse a todos los que toman parte en la comisión del hecho, ello no se justifica en el caso del miedo insuperable o de la exclusión de la pena para los parientes próximos en los delitos contra la propiedad (en este último supuesto ello está, a veces, expresamente determinado en la ley: art. 268 del Cód. Penal).

— § 56 —

LOS CASOS INDIVIDUALES DE LA RESPONSABILIDAD POR EL HECHO

a — El estado de necesidad por colisión de intereses de igual jerarquía

782. — Como hemos visto, el estado de necesidad por colisión de intereses de igual jerarquía no excluye la antijuridicidad. Su efecto es considerado en la opinión dominante como excluyente de la culpabilidad; por tal motivo se lo designa como estado de necesidad disculpante. De acuerdo con el punto de vista aquí sostenido se trata de una causa que excluye la responsabilidad por el hecho.

783. — El Código Penal hace referencia al estado de necesidad por colisión de intereses de igual jerarquía, pues requiere "que el mal causado no sea mayor que el que se trata de evitar" (art. 20.5º). En forma mayoritaria la teoría española ha entendido que cuando se salva un interés de mayor jerarquía habrá justificación y que cuando

el interés salvado sea de igual jerarquía sólo podrá excluirse la culpabilidad (o la responsabilidad por el hecho, como sostenemos aquí)[41].

El problema de la colisión de intereses de igual jerarquía, por el contrario, no aparece expresamente resuelto en otros códigos. Sin embargo, se sostiene que estos casos se deben tratar por medio de una causa supralegal (no escrita) de exclusión de la culpabilidad o por medio de la causa genérica de exclusión de la culpabilidad de la "no exigibilidad de otra conducta"[42].

784. — El estado de necesidad por colisión de intereses de igual jerarquía da lugar a una causa que no excluye la antijuridicidad sino la responsabilidad por el hecho, como hemos expresado más arriba.

1 — La relación del estado de necesidad excluyente de la responsabilidad por el hecho con el excluyente de la antijuridicidad

785. — Como vimos, el estado de necesidad justificante requiere que la diferencia entre el interés salvado y el interés sacrificado sea esencial. Esta exigencia no está expresa en la ley penal, pero se deriva de la naturaleza y del fundamento justificante del estado de necesidad.

La línea divisoria entre el estado de necesidad excluyente de la responsabilidad por el hecho y el excluyente de la antijuridicidad no corre, en razón de lo expuesto, por la demarcación de una estricta igualdad o desigualdad de los intereses en conflicto. El estado de necesidad que excluye la responsabilidad por el hecho alcanza también a todos los casos en que la diferencia valorativa de los intereses en conflicto no sea esencial.

En suma: la responsabilidad por el hecho se excluye en los casos en que los intereses son de igual jerarquía o en los que se salva un interés de mayor jerarquía que el sacrificado pero la diferencia jerárquica no es esencial.

[41] Otro punto de vista: Gimbernat Ordeig, *Estudios de derecho penal*, p. 107, donde se sostiene el carácter justificante para todos los casos de estado de necesidad.

[42] Jiménez de Asúa, *Tratado de derecho penal*, t. V, nº 1891 y ss.; Bacigalupo, *Culpabilidad, dolo y participación*, 1966, p. 59 y siguientes.

2 — Requisitos del estado de necesidad excluyente de la responsabilidad por el hecho

786. — El estado de necesidad que excluye la responsabilidad por el hecho coincide en sus requisitos con el estado de necesidad justificante, a excepción de la diferencia esencial de jerarquía entre el interés jurídico que se salva y el que se sacrifica.

787. — El Código Penal (art. 20.5°) no reconoce ninguna limitación respecto de los bienes o intereses jurídicos que pueden ser salvados en una situación de necesidad en la que no entra en consideración la exclusión de la antijuridicidad. Desde el punto de vista político-criminal, esta extensión no es aconsejable y lo correcto sería reducirla a la salvación de bienes o intereses de singular importancia. Así, por ejemplo, el Código Penal alemán (§ 35) se limita en esta especie del estado de necesidad a la salvación de la vida, la integridad corporal o la libertad, personales o pertenecientes a un pariente o a una persona cercana.

b — El miedo insuperable

788. — El miedo insuperable (art. 20.6°, Cód. Penal) es en realidad un caso particular del estado de necesidad excluyente de la responsabilidad por el hecho. Ello justifica la opinión de una parte de la doctrina española, que considera superflua una regulación expresa de esta circunstancia[43]. El miedo o la situación coactiva generada por una amenaza no son sino la consecuencia subjetiva que proviene de la situación de necesidad en la que hay que elegir entre sufrir un mal o causarlo: allí colisionan el bien jurídico amenazado y el que es necesario lesionar para evitar tal amenaza. Por tanto son aplicables aquí las reglas del estado de necesidad, tanto del que excluye la antijuridicidad como del que excluye la responsabilidad por el hecho[44].

[43] Ferrer Sama, *Comentarios al Código Penal*, t. I, p. 228 y ss.; Quintano Ripollés, *Curso de derecho penal*, 1963, t. I, p. 352.

[44] Coincidente Gimbernat Ordeig, *Introducción a la parte general del derecho penal español*, p. 66, quien de otra manera no podría considerar, como lo hace, que el miedo insuperable es una causa de justificación.

789. — De esta manera el legislador ha creado un supuesto restringido de estado de necesidad, pues le agrega la condición de que el autor haya sido impulsado por el miedo. En consecuencia, en los casos en que sólo concurra la relación entre el mal causado y el que se evita será siempre aplicable el art. 20.5° y sólo cuando además concurra el efecto subjetivo del miedo será aplicable el art. 20.6°. La significación práctica del miedo y, naturalmente, de esta eximente queda, por lo tanto, totalmente anulada: habiendo ya una eximente que excluye la pena con menos requisitos carece de sentido otra que hace depender el mismo efecto de un mayor número de aquéllos.

790. — La cuestión fundamental planteada por el art. 20.6° del Cód. Penal reside en la decisión de si se da más preponderancia al aspecto subjetivo (el miedo) o al objetivo (la relación entre el mal causado y el evitado)[45]. Los que acentúan el primer aspecto entienden que en la relación entre el mal causado y el evitado, no importa la existencia real del mal amenazado y consideran suficiente su existencia imaginada[46]. Por el contrario, la jurisprudencia del Tribunal Supremo requiere que el mal amenazado sea real, acentuando así el aspecto objetivo de la eximente[47]. Este punto de vista resulta incompatible con las extremadas exigencias de la jurisprudencia del mismo tribunal en relación a los efectos del miedo ("requiere que el agente se halle bajo amenaza o intimidación de tal gravedad que produzcan en su ánimo tan honda perturbación que de modo invencible le conduzcan contra su voluntad a realizar el hecho")[48] y a la exclusión del efecto eximente cuando el miedo no es el único móvil[49]. El miedo no tiene por qué excluir la capacidad de motivación (imputabilidad)[50].

[45] Rodríguez Ramos, *Apuntes de derecho penal. Parte general*, t. II, p. 409.

[46] Ferrer Sama, *Comentarios al Código Penal*, t. I, p. 231; Córdoba Roda, en Córdoba Roda-Rodríguez Mourullo, *Comentarios al Código Penal*, t. I, p. 351.

[47] Cfr. *SSTS* del 12/3/41; 15/3/47; 23/3/55; 8/6/51; 27/2/54; 20/4/59; 23/1/67; 28/3/68; 14/4/70, entre otras; más recientemente insiste en este punto de vista la *STS* del 1524/94, del 19/7/94; en el mismo sentido: Quintano Ripollés, *Curso de derecho penal*, t. I, p. 353; Rodríguez Devesa, *Derecho penal español*, p. 619.

[48] *SSTS* del 10/1/1877; 29/12/30; 11/6/66.

[49] *SSTS* del 10/5/1892; 9/7/06; 30/4/29; 16/3/73.

[50] Rodríguez Devesa, *Derecho penal español. Parte general*, p. 619; Jiménez de Asúa, *Tratado de derecho penal*, t. I, p. 906; Córdoba Roda, en Córdoba Roda - Rodríguez Mourullo, *Comentarios al Código Penal*, t. I, p. 337.

791. — La solución preferible no debe eliminar el significado objetivo de la relación entre el mal causado y el que se quiere evitar, pues, si es suficiente con un mal imaginario, es evidente que entonces carece de sentido que ambos guarden una determinada proporción: cualquier amenaza real o imaginaria que produzca miedo debería excluir la responsabilidad si aquél alcanza la profundidad que se estima requerida. Pero se debe tener en cuenta que, una vez interpretada en sentido objetivo aquella relación, el miedo se convierte, prácticamente, en un elemento superfluo. En verdad, si alcanza la intensidad que exige la jurisprudencia, el miedo no será sino una especie de alteración psíquica (art. 20.1°, Cód. Penal) y, si no alcanza esa entidad, solamente podrá considerarse como una fuente del error del autor en la apreciación de las circunstancias objetivas del estado de necesidad excluyente de la responsabilidad por el hecho[51].

792. — La conclusión que se debe extraer del estudio dogmático del 20.6° del Cód. Penal es que la legislación debería eliminar esta causa de exclusión de la responsabilidad criminal por innecesaria. Probablemente el legislador debería haber reemplazado este precepto general del miedo, por la eximente de exceso en la defensa causado por miedo. En este sentido se debe señalar que el que se excede en la acción necesaria para el ejercicio de una causa de justificación no es punible si lo hace ignorando en forma inevitable este exceso, es decir, creyendo en forma invencible que su acción es necesaria, cualquiera que sea el origen de su error (miedo, etcétera). Para estos casos rigen las reglas del error sobre la prohibición[52].

793. — El exceso cometido con un error evitable o vencible sobre la necesidad también se rige por las reglas del error de prohibición y sólo dará lugar a una atenuación de la pena (art. 14.3, Cód. Penal).

794. — El exceso cometido con conciencia del mismo no tiene ningún efecto atenuante ni excluyente de la responsabilidad.

51 Así también excepcionalmente, *SSTS* del 18/4/72.
52 Cfr. *infra*, § 64, *a*, 4; Bacigalupo, *Tipo y error*.

795. — Los casos de exceso, por lo tanto, se deben tratar como cuestiones relativas al error sobre la desaprobación jurídico-penal y no como causas que excluyen la responsabilidad por el hecho (o la culpabilidad).

c — Los supuestos de no punibilidad del aborto

796. — De acuerdo con la Disposición derogatoria 1, letra a) de la *LO* 10/95 (nuevo Código Penal), el precedente art. 417 *bis* mantiene su vigencia. Se trata de los tres supuestos de aborto que no son punibles (aborto terapéutico, aborto criminológico y aborto eugenésico). En la doctrina existe diversidad de opiniones respecto de la ordenación sistemática que se debe acordar a estos supuestos[53]. Sin embargo, es claro que se trata de colisiones de intereses que no difieren esencialmente en su valor. En efecto, inclusive en el caso de la colisión de la vida de la madre con la del niño concebido la diferencia no es esencial, toda vez que se trata de vidas humanas sólo diferenciadas porque una es posterior al nacimiento y la otra es previa a éste. Es evidente que el nacimiento no modifica esencialmente el valor de la vida humana y que, por lo tanto, no es posible considerar aplicable a estos casos el estado de necesidad justificante[54]. Los otros dos supuestos de no punibilidad (*aborto criminológico* = embarazo proveniente de un delito de violación; *aborto eugenésico* = por malformación del embrión o feto) tampoco pueden ser explicados por los criterios del estado de necesidad por colisión de bienes de igual jerarquía, toda vez que la vida humana sacrificada en todos los casos tiene una jerarquía superior a los otros bienes protegidos y la renuncia a la punibilidad se fundamenta en los límites de la exigibilidad individual que cabe frente a una mujer que ha sido violada o que debe sacrificar de manera decisiva su derecho al libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1, *CE*).

53 Laurenzo Copello, *El aborto no punible*, 1990, p. 143 y siguientes.

54 Otro parecer, muy fundamentado, Laurenzo, *El aborto no punible*, p. 189 y siguientes.

d — Los supuestos de colisión del derecho a la libertad de información veraz y el derecho al honor[55]

797. — La colisión del derecho a la libertad de información veraz, garantizado por el art. 20.1 y 3 de la *CE*, y el derecho al honor constituye otro supuesto en el que entra en consideración la responsabilidad por el hecho. En particular, se deben tener en cuenta aquí los casos en los que, no obstante que *ex-ante* el que ejerce el derecho a la información haya realizado todas las comprobaciones necesarias para garantizar la veracidad de la información, la información difundida no lo es y afecta el honor de otro en forma adecuada a los tipos de los arts. 205 ó 208 del Cód. Penal. En estos casos faltará un elemento esencial de la justificación: la veracidad; aunque, dada la naturaleza del derecho a la libertad de información y a su carácter estructural en una sociedad democrática, el hecho no será punible, es evidente que tampoco puede merecer *aprobación* del orden jurídico[56].

798. — El *derecho de información veraz* tiene, por lo tanto, la estructura de una causa que elimina la responsabilidad por el hecho en todos aquellos casos en los que *ex-post* se comprueba que, a pesar de la diligencia en la comprobación de la veracidad, la información no es veraz. Estos efectos se producen en relación a los delitos de calumnia (art. 205) y de injuria (art. 208) bajo las siguientes condiciones[57]:

a) En primer lugar, es necesario, en el caso concreto, que el derecho a la libertad de información veraz aparezca, ponderadas todas las circunstancias, como *preferente frente al derecho al honor*. Ello será de apreciar cuando el ejercicio del derecho a la libertad de información veraz tenga por objeto la participación en la formación de opinión pública en asuntos del Estado, de la

[55] Bacigalupo, en "Revista Española de Derecho Constitucional", nº 20 (1987), p. 83 y ss.; Jaén Vallejo, *Libertad de expresión y delitos contra el honor*, 1992, p. 251.

[56] Cfr. Bacigalupo, en "Revista Española de Derecho Constitucional", nº 20 (1987); Jaén Vallejo, *Libertad de expresión y delitos contra el honor*, aunque recurriendo a las "meras autorizaciones de acción. Expresamente refiriéndose a este caso como un supuesto de exclusión de la responsabilidad por el hecho, Batista González, *Medios de comunicación social y responsabilidad penal*, 1995, Tesis doctoral (inédita), p. 279.

[57] Bacigalupo, en "Revista Española de Derecho Constitucional", nº 20 (1987), p. 94 y siguientes.

comunidad social o de interés público general. Este requisito tiene su origen, *pero también sus límites*, en la posición institucional que la opinión pública libre tiene en el Estado democrático de derecho[58]. Por el contrario, el derecho a dar información veraz *cederá siempre frente al derecho al honor* cuando se trate de *acciones privadas* del afectado que carezcan de vinculación con los asuntos de Estado, con la comunidad social o con un interés público general.

b) Se requiere, asimismo, que quien ejerce el derecho de información proporcione una información *veraz*. La veracidad, de todos modos, se debe comprobar *ex-ante*. Es decir, que veraz será toda información que haya sido cuidadosamente contrastada y verificada *antes* de ser publicada. La comprobación posterior de la inveracidad de la información deja subsistente la antijuridicidad de la acción, pero excluye la sanción jurídico-penal, dado que la ilicitud reduce su contenido por el esfuerzo de comprobación realizado por el autor.

c) En tercer lugar, se requiere para el legítimo ejercicio del derecho del art. 20.1°, *d*) de la *CE* que la realización del tipo del delito contra el honor (calumnia-injuria) sea *necesaria* para el ejercicio del derecho a la libertad de información veraz.

d) Por último, se requiere que la expresión de la opinión o de la información, por su *forma misma*, no sea manifiestamente injuriosa o calumniosa (por ejemplo, la expresión lisa y llana de un juicio de valor peyorativo e insultante).

e — Los conflictos entre la libertad de conciencia y el derecho penal[59]

799. — El art. 16.1 de la *CE* garantiza la libertad de conciencia y el art. 30 hace una aplicación implícita de este derecho al reconocer la objeción de conciencia respecto de las obligaciones militares de los es-

[58] *SSTC* 104 y 159/86.

[59] Roxin, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, t. I, 2ª ed., 1994, p. 840 y siguientes; Pérez del Valle, *Conciencia y derecho penal*, 1994.

pañoles. Así, puede garantizarse la libertad de conciencia en los casos en los que el ejercicio de este derecho lleve a la comisión de un delito que no afecte los principios constitucionales ni niegue derechos fundamentales de otro. Se trata de casos en los que el autor ha obrado en un verdadero y serio conflicto entre sus deberes de conciencia y el cumplimiento de la ley penal, cercano a la situación de un estado de necesidad por conflicto de deberes. En tales supuestos, "si la disminución de la ilicitud es considerable en atención a la gravedad del conflicto de conciencia (en este aspecto, disminución del disvalor de acción) y a la relevancia ponderada de los resultados valiosos y disvaliosos provocados con el comportamiento (de este modo, disminución del disvalor del resultado) podría admitirse la exclusión de la responsabilidad por el hecho, y, por lo tanto, la no imposición de la pena"[60].

800. — En realidad, la renuncia a la pena sólo se debería fundamentar mediante la aplicación analógica del estado de necesidad (art. 20.5°, Cód. Penal.). Se trata de un *conflicto de deberes internos*, semejante al *conflicto de deberes externos* que regula expresamente el art. 20.5° con los límites que surgen del propio art. 16.1 de la *CE*[61].

Las condiciones de las que depende la no punibilidad en estos casos requieren, de todos modos, ser cuidadosamente precisadas[62].

f — La inviolabilidad parlamentaria

801. — El art. 71.1 de la *CE* concede a los diputados y senadores *inviolabilidad por las opiniones manifestadas en el ejercicio de sus funciones*. De aquí se deduce que diputados y senadores no pueden ser punibles por la comisión de ningún delito cuyo contenido de ilici-

[60] Pérez del Valle, *Conciencia y derecho penal*, p. 301.

[61] Roxin, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, t. I, p. 840, aunque rechazando la aplicación del § 35 *StGB* (estado de necesidad disculpante), por razones que, en verdad, no tienen paralelo en el derecho español, donde el estado de necesidad carece de los límites que le impone el derecho alemán. Cfr. también Pérez del Valle, *Conciencia y derecho penal* y Köhler, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 1997, p. 334, en sentido similar al del texto.

[62] Roxin, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, t. I, p. 841 y ss. con mayores indicaciones bibliográficas.

tud esté configurado como delito de expresión. Básicamente se trata de opiniones que afecten a otras personas o a instituciones, que no estén amparadas plenamente por los derechos del art. 20.1, *a*) y *d*) de la *CE*. En los supuestos de inviolabilidad el Estado renuncia a la pena por la menor ilicitud, dado que, si bien se produce la lesión de una norma, lo cierto es que también se trata de no reducir la libertad necesaria de los parlamentarios para el ejercicio de sus funciones constitucionales.

La participación de un *extraneus* en el hecho del diputado o senador es punible, dado que éste no cumple con ninguna función constitucionalmente reconocida.

g — La exclusión de responsabilidad penal del art. 268 del Código Penal

802. — El art. 268.1 establece que: "Están exentos de responsabilidad criminal y sujetos únicamente a la civil los cónyuges que no estuvieren separados legalmente o de hecho o en proceso judicial de separación, divorcio o nulidad de su matrimonio y los ascendientes, descendientes y hermanos por naturaleza o adopción, así como los afines en primer grado si viviesen juntos, por los delitos patrimoniales que se causaren entre sí, siempre que no concurra violencia o intimidación". Sin embargo, los partícipes extraños son punibles (art. 268.2). La reducción de la ilicitud en estos casos proviene de la menor conmoción de la confianza general en la vigencia de la norma vulnerada. En efecto: las normas que establecen el derecho de propiedad tienen un efecto menos intenso en relación a las personas unidas por vínculos personales estrechos con el titular del dominio.

— § 57 —

ERROR SOBRE LAS CIRCUNSTANCIAS OBJETIVAS DE LAS CAUSAS QUE EXCLUYEN LA RESPONSABILIDAD POR EL HECHO

803. — Una parte de la teoría considera que, en los casos de exclusión de la responsabilidad por el hecho que hemos expuesto más arri-

ba, la representación errónea del autor sobre la existencia de la situación objetiva (sobre la existencia de la amenaza o de la colisión de intereses, etcétera) era equivalente en sus efectos a la existencia real de la misma.

El fundamento de esta posición fue expuesto ante todo por Radbruch[63]: "En verdad que no es el estado de necesidad el fundamento de la exclusión de la culpabilidad, sino la suposición del mismo. El estado de necesidad realmente existente no es fundamento de la exclusión de la culpabilidad si el autor no ha tenido conocimiento de él y, a la inversa, lo es si este estado no se da en la realidad y es supuesto; habrá una exclusión de la culpabilidad, y no porque excluiría el dolo, sino porque en verdad el llamado estado de necesidad putativo es un auténtico estado de necesidad"[64].

804. — Esta posición no es compartida en la actualidad por la mayoría de la teoría, que considera prácticamente equivalente el error sobre las circunstancias objetivas de una causa de exclusión de la reprochabilidad por el hecho (o inculpabilidad) al error sobre las circunstancias objetivas de una causa de justificación[65].

805. — Desde nuestro punto de vista, la sola suposición de la situación objetiva que excluye la responsabilidad por el hecho carece de fuerza excluyente de la pena cuando es consecuencia de un error evitable. La exclusión de la pena es, sin embargo, la consecuencia necesaria cuando el error haya sido inevitable. En realidad, se trata de un error sobre circunstancias que excluyen la desaprobación jurídico-penal del hecho y, por lo tanto, debe tratarse según las reglas del error sobre la punibilidad o sobre la desaprobación jurídico-penal del hecho.

[63] Radbruch, *Festgabe für Frank*, 1930, t. I, p. 166.

[64] Cfr. también Zimmel, *Zur Lehre vom Tatbestand*, 1928, p. 68; Schmidhäuser, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, p. 470.

[65] Confr. Jescheck, *Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil*, p. 410 y ss.; Rudolphi, en *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, § 35, nº 19; Otto, *Grundkurs Strafrecht. Allgemeine Strafrechslehere*, t. I, p. 216; Hirsch, en *Leipziger Kommentar*, § 51, nº 169.

—§ 58—

RECHAZO DE LAS CRITICAS CONTRA LA CATEGORIA DE LA RESPONSABILIDAD POR EL HECHO

806. — Contra la categoría de eximentes basada en la reducción de la ilicitud, como la aquí expuesta, se han hecho críticas que es necesario considerar. Ninguna de ellas es decisiva.

807. —En primer lugar se ha sostenido que el efecto atenuante de la ilicitud sólo puede tener significación en el ámbito de la individualización de la pena[66]. Este argumento no es convincente: el contenido de ilicitud que determina la exclusión de la punibilidad —como los casos aquí establecidos— no puede ser considerado en el ámbito de la individualización de la pena, dado que lo que excluyen es la punibilidad y, por lo tanto, no dan lugar a ninguna individualización.

808. — También se ha sostenido que, sobre todo en el caso del estado de necesidad llamado "disculpante", la reducida ilicitud no puede ser el único fundamento de la exclusión de la pena porque no permite explicar que en el § 35, I, 1 del Cód. Penal alemán sólo se puedan beneficiar de él los parientes del que sufre la necesidad[67]. Tampoco esta cuestión es decisiva, pues en todo caso, no afecta en modo alguno al derecho español, en el que el estado de necesidad llamado disculpante no tiene las limitaciones que caracterizan al derecho alemán.

809. — Asimismo, no es posible sostener que los problemas de la disminución de la ilicitud sólo pueden ser solucionados por la vía del art. 21.1ª del Cód. Penal[68]. En efecto, los casos aquí tratados no tienen explicación ni por la exclusión de lo ilícito ni por medio de la exclusión de la culpabilidad, pero, en todo caso, excluyen la punibilidad. Por lo tanto, una disposición que sólo determina la atenuación

[66] Roxin, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 2ª ed., p. 723 y ss. y nota 100.

[67] Roxin, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*; similar, Lenckner, en Schönke - Schröder, *Strafgesetzbuch, Kommentar*, 25ª ed., 1996, §§ 13, 21 y siguientes.

[68] En este sentido Díez Ripollés, en "Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales", 1991, ps. 715 y ss. y 743 y siguientes.

de la punibilidad, en realidad, nada tiene que ver con las eximentes aquí consideradas[69].

810. — Por último, se sostiene que al inimputable que obró en estado de necesidad se le debe aplicar una medida de seguridad[70]. Sin embargo, como ya se ha visto, un inimputable que obra en estado de necesidad no demuestra la peligrosidad que requieren las medidas de seguridad del derecho penal[71].

[69] Cfr. también la crítica de Pérez del Valle, *Conciencia y derecho penal*, p. 288 y siguientes.

[70] Cfr. Schünemann, *Funktion und Abgrenzung von Umrecht und Schuld* (Ponencia del seminario celebrado en Coimbra en ocasión de la investidura del profesor doctor Claus Roxin como doctor *honoris causa*).

[71] Cfr. también la crítica de Pérez del Valle, *Conciencia y derecho penal*, p. 292.

Capítulo IX
La culpabilidad

— § 59 —
Introduccion

811. — La comprobación de la realización de una acción típica y antijurídica en la que no se renuncia a la punibilidad por la irrelevancia del contenido de ilicitud, no es suficiente para responsabilizar penalmente a su autor. La responsabilidad penal o responsabilidad criminal depende de que aquél haya obrado culpablemente.

812. — La culpabilidad, por tanto, constituye el conjunto de condiciones que determinan que el autor de una acción típica y antijurídica sea criminalmente responsable de la misma. La cuestión de cuáles son esas condiciones dependerá del punto de vista que se adopte respecto de la pena.

— § 60 —
Culpabilidad por el hecho y culpabilidad de autor

813. — Desde todos los ángulos teóricos de enfoque del problema es posible preguntarse si la culpabilidad ha de referirse a un hecho o a la total personalidad del autor.

Desde el primer punto de vista se tomará en cuenta para la culpabilidad sólo la actitud del autor respecto de la acción típica y antijurídica cometida: entonces se hablará de culpabilidad por el hecho y ello significará que deberá considerarse únicamente el hecho delictivo, pero no el comportamiento del autor anterior al mismo o, inclusi-

ve, posterior. De acuerdo con ello, no importa una mayor culpabilidad la conducta socialmente incorrecta del autor antes del hecho (por ejemplo, desarreglo, ebriedad, vagancia, etcétera) ni, en principio, tampoco la circunstancia de haber sido ya condenado con anterioridad (reincidencia).

814. — La culpabilidad de autor (en la forma, por ejemplo, de la culpabilidad de carácter) parte de otras consideraciones: el hecho típico y antijurídico abre la posibilidad de un juicio sobre el comportamiento social del autor en general, antes y después del hecho. La realización de la acción típica permitirá juzgar la conducta del autor en forma total para explicar el hecho delictivo como un producto de su personalidad[1].

815. — El presupuesto filosófico de la primera posición es la libertad de voluntad: todos los hombres son libres de decidir según o contra el derecho; la decisión contra el derecho es la base del juicio sobre la culpabilidad. Por el contrario, quienes prefieren el segundo criterio suelen partir de una premisa determinista: el hecho se explica por la personalidad del autor y como síntoma de ella. Mientras el primer punto de vista está vinculado a las teorías retribucionistas, el segundo se adecua a las exigencias de la prevención especial. Estos presupuestos no admiten prueba en su favor: ni la libertad de voluntad ni el determinismo pueden alegar una prueba en el sentido del principio de razón suficiente; se trata de axiomas que conducen, como es lógico, a soluciones bien diferentes en la práctica del derecho penal.

816. — Las teorías de la unión procuran una síntesis que, naturalmente, se reproduce en el ámbito de la culpabilidad. Tal síntesis se presenta aquí como una determinada articulación de elementos que provienen de un concepto de culpabilidad por el hecho y otro de la culpabilidad del autor[2].

[1] Cfr. Engisch, *Die Lehre von der Willensfreiheit in der strafrechtsphilosophischen Doktrin der Gegenwart*, 1963.

[2] Jescheck, *Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil*, p. 342; Roxin, *Strafrechtliche Grundlagenprobleme*, p. 1 y ss.; ídem, *Kriminalpolitik und Strafrechtssystem*, p. 33 y siguientes.

817. — La cuestión de la elección entre la culpabilidad por el hecho y la culpabilidad del autor depende de los axiomas del sistema dogmático. Lo importante no será, a los efectos de esta decisión, el mayor fundamento "empírico" de las premisas, dado que ninguna de ellas es "probada" o "probable". La racionalidad de esta decisión estará, por el contrario, condicionada por el mayor grado de controlabilidad judicial que el criterio adoptado ofrezca. En este sentido, la "culpabilidad por el hecho" es la que brinda mayores garantías.

— § 61 —

LA EVOLUCION DEL CONCEPTO MATERIAL DE CULPABILIDAD

818. — La historia dogmática del concepto material de culpabilidad demuestra que éste ha estado ligado a una determinada concepción de la pena y que ha dependido, por lo tanto, de si ésta se entiende según las teorías absolutas o según las teorías relativas. En consecuencia, las diversas nociones de la culpabilidad han oscilado permanentemente entre un concepto de culpabilidad referido a la voluntad libre, propio de las teorías absolutas y otro que reemplaza la voluntad (libre) por el carácter del autor o por la conducta de su vida y la tendencia que se expresa en el hecho realizado, que se corresponde con las teorías preventivo-especiales. En la actualidad desde la perspectiva de la prevención general positiva se sugiere un concepto de culpabilidad que no se basa ni en la libertad ni en el carácter del sujeto, sino en las alternativas sociales a la solución penal del conflicto.

a — Teorías absolutas de la pena y culpabilidad de voluntad

819. — La culpabilidad como fundamento legitimante de la pena y, por ello, como presupuesto de la misma constituye un concepto que proviene de la ética y de la teoría del derecho del idealismo alemán. Kant sostuvo que la pena requería como presupuesto un *demeritum*, considerado como una *"culpabilidad moral"*[3]. Hegel expresó más

[3] Kant, *Metaphysik der Sitten*, 1797, p. 29 (citado según la edición de Kant-Werke de W. Weischedel, 1956, p. 334). Hegel, a su vez, dedicó a la culpabilidad la primera

tarde esta idea de una manera que ejerció una enorme influencia en la dogmática penal posterior: "El hecho sólo puede ser *imputado como culpabilidad de la voluntad*"[4]. A partir de entonces en el derecho penal se habló de la culpabilidad como culpabilidad de la voluntad: "Toda culpabilidad es culpabilidad de voluntad" sostuvo Binding[5].

820. — La expresión dogmática de esta noción de culpabilidad ha sido tanto el *concepto psicológico* como el *normativo* de culpabilidad o la noción *"finalista"* de la culpabilidad. Ambas nociones se han basado en la *existencia* de la voluntad (teoría psicológica) o en un *juicio de valor* sobre la voluntad (teoría normativa), pero, en todo caso, sobre la voluntad.

821. — También la *teoría finalista* ha mantenido la culpabilidad como culpabilidad de voluntad, pues también ha partido de una teoría absoluta de la pena: "La pena —sostenía Welzel[6]— se justifica como retribución adecuada al grado de culpabilidad". En este contexto la culpabilidad se definió como "reprochabilidad de la configuración de la voluntad" y, por lo tanto, "toda culpabilidad, de acuerdo con ello, es culpabilidad de voluntad"[7].

b — Teorías de la prevención especial y culpabilidad como actitud asocial del autor

822. — Mientras en las teorías absolutas la culpabilidad tiene la misión de establecer que el autor en el momento del hecho ha podido obrar de otra manera, en el marco de las teorías relativas basadas en la prevención especial, la culpabilidad tiene un sentido *sintomático* respecto de la especie de autor[8]. El objeto de la culpabilidad, por lo

parte del capítulo sobre la moralidad, ver *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, 1821, §§ 105 y 117.

4 Hegel, *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, § 117.

5 Binding, *Die Normen und ihre Übertretung*, t. II, 2ª ed., 1914, p. 294.

6 Welzel, *Das Deutsche Strafrecht*, 11ª ed., 1969.

7 Welzel, *Das Deutsche Strafrecht*, 11ª ed., 1969.

8 Liszt, *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, 23ª ed., 1921, p. 160.

tanto, es *la actitud asocial del autor*, que surge de la ejecución de una conducta antisocial[9].

823. — El concepto de culpabilidad de las dogmáticas basadas en la prevención especial se alejó de la idea de libertad de la voluntad que presuponía ese mismo concepto en el marco de las teorías absolutas, pero no introdujo modificaciones de consideración en las formas de la culpabilidad (que eran entonces el dolo y la culpa).

c — Las teorías de la unión y la función de la culpabilidad

824. — Como ya se ha expuesto en el lugar correspondiente, las *teorías de la unión* procuraron sintetizar la función represiva y la función preventiva del derecho penal. De esta manera se entendía posible superar la disputa entre las teorías absolutas (de la llamada Escuela Clásica) y las teorías relativas mediante una síntesis de ambas, por un lado, mientras, por el otro lado, se resolvía el problema práctico presentado por los autores peligrosos, recogiendo finalidades preventivas al lado de la función represiva de la pena. En el marco de estas teorías la culpabilidad debe asumir la función de un concepto que constate tanto la libertad del autor como su peligrosidad. Por este motivo se ha propuesto sumar a los elementos clásicos del concepto de culpabilidad un *elemento caracterológico* que permita referir la acción del autor a la *total personalidad del autor*[10].

825. — Una variedad especial de estas teorías es la *teoría dialéctica de la unión*[11], que fundamenta la pena en su finalidad preventiva, excluye toda referencia a la retribución y otorga al principio de culpabilidad una *función limitadora de la punibilidad* (la gravedad de la pena debe ser proporcionada a la gravedad de la culpabilidad y no puede superarla por razones preventivas). En este marco el con-

9 Liszt, *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, 23ª ed., 1921, p. 160.

10 Cfr. Mezger, *Strafrecht, ein Lehrbuch*, 3ª ed., 1949; en el mismo sentido Jiménez de Asúa, *Tratado de derecho penal*, t. V, 3ª ed., 1976, p. 239 y siguientes.

11 Roxin, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 2ª ed., 1995, § 3, 36 y siguientes.

cepto de culpabilidad tiene las mismas funciones que en un derecho penal basado en las teorías absolutas de la pena, sólo que, en lugar de estar referido a la constatación de la voluntad libre del autor, pretende comprobar que éste "en la concreta situación pudo ser alcanzado por el efecto convocante *(Appellwirking)* de la norma"[12]. Pero la culpabilidad no determina por si misma la responsabilidad penal, para ello es necesario comprobar si no existen causas que excluyan la culpabilidad o que determinan la inculpabilidad del autor. Es en el ámbito de éstas en el que opera una comprobación de la *necesidad de prevención*[13]. La consecuencia práctica de este punto de vista se manifiesta en la desvinculación de las causas de inculpabilidad y de exclusión de la culpabilidad, del concepto de culpabilidad, y en las consiguientes referencias de aquéllas a los fines de la pena[14].

d — La teoría de la prevención general positiva y la función del concepto de culpabilidad

826. — En la teoría de la prevención general positiva, en la versión elaborada por Jakobs, se produce un giro decisivo en la teoría de la culpabilidad. En efecto, la culpabilidad se dará no sólo cuando el autor no se ha motivado por la norma, sino cuando, además, estuviera obligado a ello, es decir, cuando fuera competente por su falta de motivación. La competencia del autor respecto de su falta de motivación por la norma se dará siempre que el hecho antijurídico no pueda ser explicado por razones que no afecten la confianza general en la vigencia de la norma. "La competencia por la carencia de motivación jurídica dominante en un comportamiento antijurídico es la culpabilidad", es decir, culpabilidad significa "deslealtad al orden jurídico"[15]. El contenido de la culpabilidad, por otra parte, no sólo es resultante de la teoría de los fines de la pena, sino de ésta y de la constitución de la sociedad, que se deben adaptar recíprocamente. Para la determinación de la culpabilidad es preciso ponderar qué coacciones

[12] Roxin, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 2ª ed., 1995, § 19, I, 3.
[13] Cfr. Roxin, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 2ª ed., 1995.
[14] Cfr. López Barja de Quiroga, en "PJ" 46 (1997).
[15] Jakobs, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 2ª ed., 1991, p. 469.

sociales el autor debe superar por su cuenta y qué características perturbadoras del autor tienen que ser aceptadas por el Estado y por la sociedad o ser soportadas por terceros. "El resultado de esta ponderación se rige por la imagen dominante de aquellas condiciones, que deben ser consideradas irrenunciables para el mantenimiento del sistema y de sus subsistemas esenciales"[16]. Consecuentemente, la culpabilidad se concibe a partir de la función preventivo-general de la pena, es decir, en función de la seguridad del orden social. Por ello, en la culpabilidad no se trata de si el autor tiene una *alternativa real* de realización de la conducta, sino de si existe una *alternativa de organización* que fuera preferible a la imputación del hecho al autor. La alternativa de otra conducta, por lo tanto, se determinará normativamente. "Las famosas palabras de Kohlrausch —dice Jakobs[17]— sosteniendo que la capacidad individual en el marco de la culpabilidad es una 'ficción necesaria para el Estado', deben ser transformadas para explicar que la capacidad, si se quiere hacer referencia a ella, es una construcción normativa"[18]. En consecuencia la *capacidad de culpabilidad* "no es una calidad que el autor tiene o no y que se puede comprobar con ayuda de la psicología o de la psiquiatría, sino una capacidad que se atribuye al autor y que, por lo tanto, está orientada normativamente"[19]. En los casos de *no exigibilidad* también la determinación es normativa, pero en ellas no es necesario hacer consideraciones psicológicas o psiquiátricas[20].

827. — La historia dogmática del concepto de culpabilidad y sus relaciones con la teoría de la pena ponen de manifiesto que el derecho penal ha oscilado permanentemente entre un concepto de culpabilidad referido a la voluntad libre y otro que reemplaza la voluntad por el carácter del autor o por su tendencia. Este ir y venir de las teorías se rompe con la propuesta del funcionalismo de concebir la capacidad

16 Jakobs, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 2ª ed., 1991, p. 483.

17 Jakobs, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 2ª ed., 1991, p. 485.

18 Otros autores que parten de la prevención general positiva no llegan, sin embargo, a estas conclusiones, introduciendo el correctivo de la "concepción cotidiana de la moralidad", cfr. Neumann, *Zurechnung und Vorverschulden*, 1985 (passim).

19 Jakobs, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 2ª ed., 1991, p. 534.

20 Jakobs, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 2ª ed., 1991, p. 535.

individual del autor de una manera sólo normativa y determinada desde puntos de vista relativos a la seguridad del orden social normativo.

— § 62 —

EVOLUCION DEL CONCEPTO DE CULPABILIDAD

828. — La concepción material de la culpabilidad de la que se parta ejerce una cierta influencia sobre la configuración del concepto dogmático de culpabilidad. De cualquier manera, esa influencia no suele afectar a los elementos que configuran el concepto de culpabilidad, pues prácticamente todos los sostenidos en la ciencia penal actual tienen los mismos elementos: capacidad de culpabilidad, conciencia de la antijuridicidad y exigibilidad. Sin embargo, el concepto material de culpabilidad determina el contenido de cada uno de esos elementos y su caracterización. En todo caso, los conceptos de culpabilidad procuran dar una respuesta a la cuestión de las condiciones bajo las cuales un autor puede ser considerado culpable de su acción típica y antijurídica.

829. — La primera respuesta corresponde a la *teoría psicológica de la culpabilidad*. Para ella, la afirmación de esta última importa la comprobación de que la voluntad del autor es causal del hecho ilícito[21]. De acuerdo con esto, la culpabilidad implica un juicio sobre tres diversos aspectos:

a) Relación causal entre la voluntad de una persona y un suceso.
b) Desaprobación del hecho (su carácter indeseable o dañoso).
c) Conciencia de la contrariedad al deber en el autor[22].

La voluntad es causal del hecho ilícito, según esta teoría, en dos casos: el dolo y la culpa. Ambos son especies de la culpabilidad y presuponen la imputabilidad del autor.

[21] Finger, *Das Strafrecht*, 1902, t. I, p. 164; Meyer - Allfeld, *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*, 7ª ed., 1912, p. 133 y siguientes.
[22] Cfr. Finger, *Das Strafrecht*.

830. — De esta manera, la culpabilidad requiere una determinada vinculación psicológica entre el autor y su hecho, sin la cual es imposible afirmar la relación causal de la voluntad con el hecho ilícito. Precisamente contra esta tesis se dirigen las críticas que mereció esta teoría y que generaron más tarde su abandono. En efecto: por un lado se verifica que hay una relación causal entre voluntad y hecho cuando el autor ha querido su realización pero ha obrado amparado por una causa de inculpabilidad (por ejemplo, estado de necesidad disculpante); aquí faltará la culpabilidad y se dará, sin embargo, la relación que la teoría psicológica estima que la fundamenta. Por otro lado puede verificarse que en los casos de culpa falta dicha relación, ya que el autor no ha querido la realización del hecho típico y antijurídico; aquí, sin embargo, se admite la existencia de la culpabilidad[23].

831. — La teoría psicológica fue reemplazada por la *teoría normativa de la culpabilidad*. El punto de partida de esta teoría es la comprobación de que "la teoría dominante define el concepto de culpabilidad de tal manera que sólo incluye en sí los conceptos de dolo y culpa; por el contrario, es necesario concebirlo teniendo en cuenta también las circunstancias relevantes que acompañan al hecho y la capacidad de imputación"[24]. La teoría normativa redefine, además, las relaciones entre la culpabilidad, como concepto genérico, y el dolo y la culpa, que la teoría psicológica concibió como especies de aquélla. De esta manera el dolo y la culpa no necesitan ser especies de la culpabilidad y cada uno de ellos no debe contener los elementos que caracterizan al concepto genérico. Lo decisivo del concepto normativo de culpabilidad es, en consecuencia, la *reprochabilidad*[25]: "una conducta culpable es una conducta reprochable". Y un comportamiento antijurídico es reprochable si el autor:

a) Es "espiritualmente normal" (capaz de imputación).
b) Ha tenido una cierta relación concreta con respecto al hecho o la posibilidad de tenerla (dolo o culpa).

[23] Dohna, *Der Aufbau der Verbrechenslehre*, p. 39.
[24] Frank, "Über den Aufbau des Schuldbegriffs", en *Festschrift für juristische Fakultät Universität Giessen*, 1907, ps. 9 y 10.
[25] Frank, "Über den Aufbau des Schuldbegriffs", en *Festschrift für juristische Fakultät Universität Giessen*, 1907, p. 11.

c) Ha obrado en circunstancias normales (sin estar bajo la presión de una situación de una causa de inculpabilidad).

832. — El concepto normativo de la culpabilidad fue completado por una construcción teórico-normativa efectuada por Goldschmidt[26], quien entendió que la reprochabilidad implicaba un comportamiento interior opuesto a una norma de deber, que se encontraría junto a la norma jurídica, cuya lesión importa la antijuridicidad[27].

833. — La teoría normativa de la culpabilidad permitió la evolución posterior de este concepto bajo la influencia de la teoría finalista de la acción. Al reconocerse que el dolo y la culpa no eran especies de la culpabilidad, quedaba abierta la posibilidad de desplazar estos conceptos fuera de ella. El concepto de culpabilidad del finalismo, sin embargo, no es un concepto normativo en el sentido de Frank ni en el de Goldschmidt.

Para la *teoría finalista* de la acción la reprochabilidad presupone la capacidad de motivarse por la norma. El que realizó una acción típica y antijurídica será culpable si podía motivarse por la norma, es decir, si podía "obrar de otra manera"[28]. Desde este punto de vista, las "causas de inculpabilidad" carecen de fuerza para excluir la culpabilidad y sólo constituyen "causas generales de no formulación del reproche de culpabilidad"[29]. Fundamento de ello es la comprobación empírica de que, en las situaciones que caracterizan las causas de inculpabilidad, no se elimina la capacidad de obrar de otra manera: en un estado de necesidad disculpante siempre es posible cumplir con el derecho y asumir el daño sobre los propios bienes jurídicos; sólo que, en tales casos, el derecho no formula reproche alguno[30].

[26] Goldschmidt, *Oesterr, Zeitschrift für Strafrecht*, 1913, t. IV, p. 144 y siguientes.

[27] Cfr. también Goldschmidt, *Festgabe für Frank*, 1930, t. I, p. 428 y ss.; y críticamente: Kaufmann, Armin, *Lebendiges und Totes in Bindings Normentheorie*, p. 160.

[28] Kaufmann, Armin, *Lebendiges und Totes in Bindings Normentheorie*, p. 176 y ss.; cfr. también sus precisiones en *Festschrift für Eberhard Schmidt*, 1961, p. 320, nota 6.

[29] Kaufmann, Armin, *Lebendiges und Totes in Bindings Normentheorie*, p. 202 y siguientes.

[30] También así Jescheck, *Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil*, p. 386; Schmidhäuser, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, p. 460.

La misma comprobación ha servido para cuestionar íntegramente el concepto de culpabilidad del finalismo. Así, por ejemplo, la encontramos en Bockelmann[31] y más tarde en Roxin[32]. De acuerdo con ello la esencia de la culpabilidad no debería ser el "haber podido obrar de otra manera". Poniendo en duda este punto de vista, en realidad, es posible cuestionar la teoría del error de prohibición defendida por el finalismo, es decir, la "teoría estricta de la culpabilidad".

834. — Frente a la posición del finalismo estánn quienes piensan que la culpabilidad debe tratar de la cuestión referente a si un comportamiento típico y antijurídico merece pena, la cual debería responderse desde puntos de vista político-criminales (preventivos)[33].

835. — Como se ha visto, *supra* en *c*), el *concepto funcionalista* de la culpabilidad se caracteriza básicamente por su determinación normativa, desde el punto de vista de la prevención general positiva y de la configuración de la sociedad. Jakobs propone en este sentido distinguir entre un *tipo positivo de la culpabilidad*, dirigido a comprobar la capacidad de imputación del autor, su conocimiento de la ilicitud y especiales elementos de la culpabilidad. Asimismo propone un *tipo negativo de la culpabilidad* en el que se establecen las condiciones de la exclusión de la culpabilidad cuando el autor ha obrado en casos en los que no le es exigible el cumplimiento de la norma.

— § 63 —

LA ESTRUCTURA DEL CONCEPTO DE CULPABILIDAD

836. — Tradicionalmente, como se vio, el concepto de culpabilidad se estructura sobre la base de tres elementos:

a) *Capacidad* de comprender la ilicitud y de comportarse de acuerdo con ella (capacidad de culpabilidad o imputabilidad).

31 Bockelmann, *Strafrechtliche Untersuchungen*, 1957, p. 84 y siguientes.
32 Roxin, *Kriminalpolitik und Strafrechtssystem*, p. 34.
33 Roxin, *Kriminalpolitik und Strafrechtssystem*, p. 33.

b) Posibilidad de *conocimiento de la ilicitud* (conciencia —potencial— de la antijuridicidad y del error de prohibición).
c) *Exigibilidad* (circunstancias que excluyen el reproche de culpabilidad).

837. — Por lo tanto, culpable es el autor de un ilícito si ha podido comprender la ilicitud y comportarse de acuerdo con esa comprensión, si ha podido saber de la ilicitud y si *no* ha obrado en un contexto en el que se excluye su reprochabilidad. El orden en el que estos elementos se presentan tiene consecuencias prácticas: la exclusión de la capacidad de culpabilidad elimina la punibilidad, pero determina de por sí la posibilidad de aplicar al autor una medida de seguridad, aunque éste haya obrado con un error de prohibición inevitable, no obstante que en tales supuestos el autor no debería ser considerado peligroso. Para evitar estas consecuencias Armin Kaufmann ha propuesto, con acierto, invertir el orden de los problemas: tratar en primer término la cuestión de conciencia (potencial) de la ilicitud y luego la cuestión de la capacidad de culpabilidad[34].

838. — Como se ha visto en el capítulo anterior, la cuestión de la *exigibilidad* (básicamente el estado de necesidad disculpante) es, en realidad, una cuestión que pertenece sistemáticamente al ámbito de lo ilícito (casos de reducción del contenido de ilícito), por lo tanto, es ajena al concepto de culpabilidad.

—§ 64—

LOS ELEMENTOS DE LA CULPABILIDAD EN PARTICULAR

839. — Como hemos dicho, la exposición de los elementos de la culpabilidad en particular debe comenzar por la cuestión del conocimiento de la desaprobación jurídico-penal del acto, a diferencia de lo que es habitual. Por lo general se expone previamente la capacidad de motivación en sentido estricto (la imputabilidad), pero es claro

[34] Kaufmann, Armin, *Lebendiges und Totes in Bindings Normentheorie*, p. 162 y siguientes.

que, si un incapaz de motivarse en este sentido ni siquiera pudo conocer la desaprobación jurídico-penal del acto, el análisis de su incapacidad será superfluo, pues con respecto a él se excluirá también la posibilidad de aplicar una medida de seguridad (!). Por lo tanto, en la medida en la que un error de prohibición no evitable excluye también la peligrosidad, es innecesario establecer previamente la capacidad de culpabilidad.

a — La posibilidad de conocer la desaprobación jurídico-penal del acto

1 — La conciencia de la desaprobación jurídico-penal

840. — La primera condición de la capacidad de motivarse por el derecho (penal) es la posibilidad de conocer la desaprobación jurídico-penal del hecho cometido.

Las teorías tradicionales consideran aquí la cuestión del conocimiento de la antijuridicidad, con lo cual la culpabilidad desaparece sólo cuando el autor ha obrado con un error sobre aquélla, es decir, sobre la prohibición del hecho, para lo cual únicamente se requiere el error sobre la antijuridicidad material[35].

841. — Desde nuestro punto de vista, la antijuridicidad material resulta insuficiente para la caracterización de la desaprobación jurídico-penal del hecho. Esta depende sustancialmente de la amenaza penal prevista para la realización del hecho punible, es decir, de su punibilidad. En consecuencia, el autor debe haber podido conocer la punibilidad, y el error sobre ésta no sólo atenúa la gravedad de la culpabilidad[36] sino que —cuando es inevitable— la excluye. Consecuencia práctica inmediata de este punto de vista es que el error sobre cualquier circunstancia que excluya la punibilidad (sea una causa de justificación, de "inculpabilidad" o una excusa absolutoria en la terminología tradicional) deberá regirse por las mismas reglas.

[35] Jescheck, *Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil*, p. 366.
[36] Como sostiene Stratenwerth, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, nº 563.

842. — Tener la posibilidad de conocer la punibilidad es tener la posibilidad de conocer que el hecho es punible, pero no significa que se requiera también el conocimiento de la gravedad de la amenaza: es suficiente que el autor pueda saber que realiza un hecho que está amenazado con pena; su error sobre la cuantía de la pena no es relevante. La razón que explica la irrelevancia del hecho sobre la gravedad de la pena, sin embargo, reside en que lo que el autor debe haber podido conocer es la desaprobación jurídico-penal y ésta depende de la punibilidad, no de la gravedad de la pena.

843. — El error sobre la prohibición del hecho excluye ya la posibilidad del conocimiento de la punibilidad, pues el mínimo presupuesto de ésta es la prohibición. A su vez el conocimiento de la prohibición (en el sentido de la antijuridicidad material) puede permitir al autor deducir la punibilidad del hecho. Esta problemática tiene significación sobre todo en relación con la evitabilidad del error sobre la punibilidad.

2 — La duda sobre la desaprobación jurídico-penal

844. — Sin embargo, el problema de la duda sobre la desaprobación jurídico-penal requiere un tratamiento especial.

La relevancia acordada por la ley penal al error sobre la prohibición es consecuencia del reconocimiento de la conciencia de la antijuridicidad (potencial) como presupuesto de la pena.

845. — Es claro que no habrá lugar para un error de prohibición si el autor tiene seguridad respecto de la antijuridicidad de su acción, ya que el error requiere una falsa representación de la antijuridicidad. La cuestión es menos clara cuando el autor ha obrado con dudas sobre la antijuricidad (conciencia condicionada de la antijuridicidad). Es una figura similar a la que tradicionalmente se conoce como dolo eventual, pero, en lugar de estar referida a la conciencia de los hechos, se vincula con la conciencia sobre la antijuridicidad[37].

[37] Cfr. Kaufmann, Armin, en "ZStW", 70 (1958), p. 64 y ss.; Schmidhäuser, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, p. 419; Rudolphi, en *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, § 17, nº 12; Jakobs, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, p. 417 y siguientes.

846. — Por una parte, se sostiene que la suposición de una alta probabilidad de la antijuricidad es equivalente a la certeza[38]. Consecuentemente, no sólo no debería apreciarse en estos casos un error sobre la prohibición, sino que tampoco cabría una atenuación de la pena (como consecuencia de una menor reprochabilidad)[39].

Desde otra perspectiva se sostiene que la duda sobre la antijuridicidad debería contemplarse, bajo ciertas circunstancias, como un fundamento para atenuar la pena[40]. La menor reprochabilidad, sin embargo, no se conecta en forma automática con la duda, sino que requiere un examen de las circunstancias en las que la duda tiene lugar.

847. — La solución dogmáticamente más correcta es la que permite admitir la posibilidad de atenuar la pena. El criterio para llevar a la práctica esta solución puede concretarse de la siguiente manera: si en caso de faltar totalmente la conciencia de la antijuridicidad el error hubiera sido inevitable, la atenuación de la pena se podría considerar obligatoria[41].

La justicia de esta solución parece estar fuera de toda duda. La instrumentación dogmática no es, sin embargo, obvia. La atenuación prevista en el art. 14 del Cód. Penal presupone que el autor careció (totalmente) de la conciencia de la antijuridicidad, lo que, en estos casos, en los que obró con dudas sobre ella, no se cumple. Para decirlo consecuentemente con el punto de partida: no se puede equiparar la duda sobre la antijuridicidad con la falta de ella.

848. — Ante la nueva ley penal cabe preguntarse si es posible que la duda sobre la desaprobación jurídico-penal tenga un efecto ate-

[38] Kohlrausch - Lange, *Strafgesetzbuch*, 43ª ed., 1961, p. 219; Rudolphi, en *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*; Schmidäuser, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, p. 422; Jescheck, *Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil*, p. 367 (con algunas excepciones).

[39] Rudolphi, *Unrechtsbewusstesein, Verbotsirrtum und Vermeidbarkeit des Verbotsirrtums*, 1969, p. 129.

[40] Kaufmann, Armin, en "ZStW", 70 (1958); Warda, en *Festschrift für Welzel*, 1974, p. 499 y ss. (con abundante casuística); Stratenwerth, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, nº 586; Jakobs, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, p. 458.

[41] Jakobs, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, p. 458; Stratenwerth, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, nº 586 y siguientes.

nuante sobre la pena prevista en el art. 14 del Cód. Penal, dado que no puede excluir la culpabilidad como lo hace el error inevitable. Por un lado, cabe pensar en la aplicabilidad supletoria del art. 21.1ª del Cód. Penal, dado que el error inevitable de prohibición es una "causa que exime de la responsabilidad criminal" y que, por lo tanto, debería estar legislado en el art. 20 del Cód. Penal. Si no lo está, ello no tendría que incidir en una consecuencia que se debería aplicar por analogía *(in bonam partem)*, dada la *identidad* de la cuestión: la duda determina que no concurran todos los requisitos necesarios para eximir de responsabilidad en el caso del error de prohibición. Ciertamente, el nuevo art. 68 del Cód. Penal, que establece la consecuencia jurídica de los casos de eximentes incompletas, parece no imponer una atenuación obligatoria de la pena. Pero ello no es más que una apariencia, toda vez que dicha disposición debe ser entendida desde la perspectiva del art. 1° de la *CE* y, por lo tanto, según los *valores superiores del orden jurídico*, en particular, la *justicia*. Esta impone que si el contenido de ilicitud o de culpabilidad del hecho es menor, la pena sea *obligatoriamente* atenuada.

3 — La conciencia de la desaprobación jurídico-penal es divisible y potencial

849. — En los casos de concurso ideal de delitos, por lo tanto, se requiere el conocimiento de las diversas desaprobaciones que afectan al hecho. La conciencia de la desaprobación no debe ser actual. Es suficiente con la posibilidad de haber conocido la amenaza penal. Generalmente, el autor habrá tenido esta posibilidad de haber conocido la amenaza penal. Por regla general el autor habrá tenido esta posibilidad cuando, del conocimiento de la antijuridicidad material de su hecho, haya deducido por lo menos la posibilidad de que el mismo sea punible.

4 — Los supuestos de error sobre la desaprobación jurídico-penal (teoría del dolo y teoría de la culpabilidad)

850. — Naturalmente, la cuestión del conocimiento del deber impuesto por la norma era una condición de su infracción en el marco de la teoría de los imperativos. Por ello, la conciencia de la infracción del

deber fue considerada en un primer momento, aun cuando no se siguiera la teoría de los imperativos, como un *elemento del dolo*: junto al conocimiento de las circunstancias del tipo objetivo, el dolo requería que el autor hubiera tenido un conocimiento (actual) de la ilicitud. Todo error (evitable o no) sobre la ilicitud debía excluir el dolo, aunque dejando subsistente la responsabilidad por el delito imprudente. Esta teoría, que considera que la conciencia de la ilicitud debe formar parte del dolo, se denomina *"teoría del dolo"*.

851. — Frente a ella es hoy dominante la teoría que propone que la conciencia de la ilicitud es un *elemento de la culpabilidad distinto del dolo e independiente de éste*. Es la *"teoría de la culpabilidad"*, que en lugar de requerir un conocimiento *actual* de la ilicitud sólo exige que el autor *haya podido* conocer dicha ilicitud.

Este último punto de vista se adapta mejor que el de la teoría del dolo al derecho vigente[42].

5 — Las formas del error sobre la desaprobación jurídico-penal

852. — Mientras el error de tipo ha sido definido por el legislador en relación al objeto sobre el que debe recaer el error, el de prohibición ha sido caracterizado en relación a la creencia del autor en la *ilicitud del hecho*. En este sentido, la nueva redacción del art. 14.3 del Cód. Penal no tiene consecuencia alguna respecto de la caracterización del error de prohibición: el error supone en todos los casos una creencia errónea.

853. — Para una correcta interpretación del párrafo 3° del art. 14 del Cód. Penal habrá que entender, por tanto, como casos de error sobre la prohibición aquellos en los que el autor haya tenido un conocimiento correcto de las circunstancias determinantes de la ilicitud, pero ha obrado creyendo que la realización del tipo no estaba prohi-

[42] Otro punto de vista Mir Puig, *Derecho penal. Parte general*, 4ª ed., 1996, p. 565 y ss.; Cobo del Rosal - Vives Antón, *Derecho penal. Parte general*, 4ª ed., 1996, p. 557 y siguientes.

bida por la ley (en su caso: no haya obrado en la creencia de que la realización de la acción no estaba ordenada por la ley).

854. — Bajo estas condiciones, la creencia errónea de estar obrando lícitamente puede asumir diversas formas:

a) En primer lugar, puede provenir del desconocimiento de la existencia de la prohibición o del mandato de acción *(error de prohibición directo)*. Por ejemplo: un turista norteamericano supone que en España no se prohíbe la portación de armas de fuego. Los errores de esta especie son más frecuentes, como es lógico, en el derecho penal especial, al que son aplicables las disposiciones previstas en el art. 14 del Cód. Penal en forma supletoria (art. 9°, Cód. Penal). En el derecho penal convencional (delitos contra las personas, la propiedad, el honor, la libertad, etcétera) estos errores serán poco frecuentes. Cabe suponer que pueden producirse cuando se den modificaciones legales que redefinan el ámbito de las acciones punibles (por ejemplo, como consecuencia de la introducción en la ley penal de delitos completamente nuevos como el del art. 291, Cód. Penal).

b) La creencia errónea de obrar lícitamente puede provenir también de una apreciación errónea del alcance de la norma (prohibición o mandato). Este supuesto no es sino una variedad del anterior. Por ejemplo, el autor cree que la prohibición de matar no alcanza a los casos de eutanasia.

c) La creencia errónea de obrar lícitamente puede provenir, por otra parte, de la suposición de una causa de justificación que, en realidad, el ordenamiento jurídico no prevé *(error de prohibición indirecto)*. Por ejemplo, el autor cree que el ordenamiento jurídico autoriza a los maestros a aplicar castigos físicos a los alumnos con fines educativos, cuando tal autorización no está prevista en las leyes vigentes.

d) Por último, la creencia errónea de obrar lícitamente puede provenir de la suposición de los presupuestos de una causa de justificación prevista por el ordenamiento jurídico[43]. Por ejemplo,

[43] Jakobs, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, p. 301.

el autor supone erróneamente la necesidad de sacrificar un bien jurídico para salvar otro de mayor jerarquía (art. 20.5°, Cód. Penal) o cree ser agredido en forma antijurídica, cuando en verdad sólo se trata de una broma y repele lo que cree una agresión (art. 20.4°, Cód. Penal).

855. — En los últimos tiempos se abre paso una tendencia que considera que el caso del error sobre los presupuestos de una causa de justificación constituye una hipótesis *sui generis* de error, en la que se reúnen tanto elementos del error de prohibición como del error de tipo[44] y que propone que se trate esta forma de error como si fuera un error de tipo en base a la aplicación analógica de las reglas de éste (es decir, según el art. 14.1).

856. — El texto del art. 14 del Cód. Penal no parece dar base para una solución semejante. El legislador ha unificado todos los supuestos en los que el autor ha creído obrar lícitamente (sea porque el hecho no está prohibido o porque supone estar autorizado para obrar como lo ha hecho). Tanto cree obrar lícitamente el que supone que el hecho no está prohibido por una norma, como el que supone que el ordenamiento jurídico lo autoriza a realizar la acción típica, como el que actúa en la creencia de que se dan las circunstancias en la que su acción está autorizada.

857. — Contra esta argumentación no cabría replicar sobre la base de la *teoría de los elementos negativos del tipo*[45]. Según esta teoría, las circunstancias que de concurrir justifican la realización del tipo formarían parte del supuesto de hecho típico del delito, como elementos negativos del mismo. Consecuentemente, desde este punto de vista, la suposición errónea de estos elementos negativos daría lugar

[44] Stratenwerth, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, n° 496 y ss.; Jescheck, *Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil*, p. 373 y ss.; Dreher, en *Festschrift für Heineitz*, ps. 207, 223 y ss.; Jakobs, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, p. 309; Roxin, en Roxin - Stree - Zipf - Jung, *Einführung in das neue Strafrecht*, 1974, p. 12 y siguientes.

[45] Gimbernat Ordeig, *Introducción a la parte general del derecho penal español*, ps. 51 y ss. y 76 y siguientes.

a un error de tipo que, como es lógico, excluiría el dolo[46]. Aquí no es posible llevar a cabo una discusión pormenorizada de la teoría de los elementos negativos del tipo. Pero hay por lo menos dos razones que *no* recomiendan su adopción.

858. —En primer lugar, la teoría de los elementos negativos del tipo, suele ser justificada con base en el excesivo rigor al que conduciría la tesis aquí defendida. Sin embargo, no parece necesaria en un sistema en el que el error evitable de prohibición se debe atenuar obligatoriamente y en una extensión considerable (uno o dos grados). Los resultados a que conduciría la teoría de los elementos negativos del tipo en este sistema legal no serían más justos ni de mayor efecto preventivo que los que se obtendrían con los criterios propuestos aquí.

859. —Por otra parte, la teoría de los elementos negativos del tipo, al excluir el dolo en los casos de error sobre las circunstancias de una causa de justificación, tiene el efecto (no deseado) de impedir la punibilidad del partícipe que hubiera obrado sin error, ya que, en razón de la accesoriedad de la participación, no permitiría la sanción de los cómplices ni de los inductores[47]. Esta crítica vale también para la llamada *"teoría del dolo"*.

860. —Aunque la teoría de los elementos negativos del tipo no sea insostenible, pues el concepto de tipo requiere una definición que no está legalmente establecida y dicha teoría ofrece una carente de contradicciones lógicas[48], lo cierto es que las consecuencias a las que ne-

[46] Sobre la teoría de los elementos negativos del tipo, ver Hirsch, *Leipziger Kommentar*; más recientemente, con serias reservas, Jakobs, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, p. 131 y ss.; Jescheck, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, p. 199 y siguientes.

[47] Cfr. Dreher, *Festschrift für Heineitz*; Jescheck, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, p. 374; para evitar esta consecuencia propone Rudolphi, en *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, § 16, 12, mantener la teoría de los elementos negativos del tipo, pero entender el dolo en el sentido de la teoría de la participación según la ratio de los preceptos que la regulan, con lo que se evitaría la impunidad de los partícipes; una construcción tan complicada es totalmente innecesaria en razón de la amplia atenuación que prevé el art. 14 del Cód. Penal; críticamente sobre el punto de vista de Rudolphi, Schmidhäuser, en "NJW", 1975, 1809.

[48] Stratenwerth, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, nº 178.

cesariamente conduce en el ámbito de la participación aconsejan su rechazo[49].

6 — Error y eximentes incompletas

861. — El art. 21.1ª establece la figura de las eximentes incompletas. Esta disposición, una vez introducida la disciplina del error en la ley penal, es superflua, salvo en lo que se refiere a los casos del art. 20.1° y 2° del Cód. Penal. En efecto, una atenuación de la pena como la prevista para las eximentes incompletas sólo es razonable cuando el autor haya supuesto erróneamente y en forma evitable el elemento de la circunstancia eximente. En la actualidad, con el desarrollo alcanzado por la teoría del error es técnicamente inadecuado el mantenimiento de una disposición que, en realidad, no hace sino crear una seria perturbación del sistema del error[50].

7 — La evitabilidad del error de prohibición sobre la ilicitud

862. — La evitabilidad del error de prohibición tiene una función decisiva en el régimen establecido en el art. 14 del Cód. Penal. De acuerdo con éste, el error sobre la antijuridicidad excluirá la punibilidad cuando haya sido invencible. *"Invencible"* es el error cuando el autor no hubiera podido evitarlo. Por lo tanto, la inevitabilidad se convierte en un presupuesto de la exclusión de la punibilidad por error de prohibición. La evitabilidad del error de prohibición, por el contrario, determina la punibilidad del hecho típico, antijurídico y culpable, con la pena del delito doloso, aunque con una pena atenuada según el art. 14.3 del Código Penal.

863. — La dependencia de la exclusión de la punibilidad de la inevitabilidad del error es explicable desde diversos puntos de vista. Pe-

[49] Otras críticas, referidas al concepto de dolo, en Kaufmann, Armin, en "JZ", 1955, p. 37 y ss. (ahora también en *Strafrechtsdogmatik*, p. 47 y ss.); Jakobs, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, p. 132 y siguientes.

[50] Bacigalupo, en CGPJ, *Estudios sobre el Código Penal de 1995*, t. I, 1995, ps. 123 y 124.

ro, en todo caso, dogmáticamente *la no punibilidad será siempre consecuencia de la eliminación de la culpabilidad*. Sea porque cuando el error es inevitable el autor no ha podido obrar de otra manera[51], sea porque el autor no tiene a su cargo la evitabilidad[52], sea porque quien no ha tenido la posibilidad de conocer la ilicitud no puede ser alcanzado por el mandato normativo[53], o sea, finalmente, porque el autor no ha podido conocer la ilicitud a pesar de haber empleado su capacidad para ello[54], en todo caso, la exclusión de la punibilidad se basa en la ausencia de culpabilidad. Sólo excepcionalmente se postula que el error inevitable de prohibición debe operar como una causa de justificación[55].

864. — Esta dependencia de la no punibilidad del error de prohibición de su inevitabilidad tiene también una *significación político-criminal*. En esta materia el legislador ha tenido que optar por el principio del conocimiento o por el principio de la responsabilidad como punto de partida y lo ha hecho por el último: la responsabilidad penal no dependerá del *conocimiento* de la antijuridicidad, como lo postula la *"teoría del dolo"*[56], sino sólo de la *posibilidad de su conocimiento*, en el sentido de la llamada *"teoría de la culpabilidad"*. En otras palabras: el *principio de la responsabilidad* establece que las personas serán responsables por la corrección de sus decisiones dentro de los límites de su capacidad ético-social[57]. De esta manera, la punibilidad del error evitable tiene lugar porque el autor *pudo haber tenido* la conciencia de la antijuridicidad que realmente no tuvo al ejecutar el hecho, es decir, porque pudo obrar de otra manera.

[51] Welzel, *Das Deutsche Strafrecht*, 11ª ed., 1969, p. 171 y siguientes.

[52] Jakobs, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 2ª ed., 1991, p. 557; Neumann, en AK-StGB, 1, 1990, § 17,51.

[53] Roxin, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 1992, p. 597.

[54] Rudolphi, en *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 2ª ed., 1977, § 17, 24.

[55] Zielinski, *Handlungs-und Erfolgsunwert im Unrechtsbegriff*, 1973, p. 266 y ss.; en la misma dirección Mir Puig, en *LLespañola*, p. 1 y ss.; Sancinetti, *Teoría del delito y disvalor de acción*, 1991, p. 524 y siguientes.

[56] Mezger, *Strafrecht, ein Lehrbuch*, 3ª ed., 1949, p. 325 y siguientes.

[57] Welzel, *Das Deutsche Strafrecht*, p. 162 y siguientes.

865. — Desde una *perspectiva procesal* la inevitabilidad del error de prohibición tiene una notable influencia sobre las exigencias de motivación de la sentencia. La *teoría estricta del dolo,* es decir aquella que excluye el dolo cuando el autor ha desconocido la prohibición, pone al tribunal ante la difícil tarea de demostrar que el acusado que alega un error sobre la antijuridicidad, por absurdo que esto resulte, no dice la verdad[58]. Para evitar estas dificultades el programa inicial de la teoría estricta o rígida del dolo[59] fue reducido mediante la *teoría limitada del dolo*[60], que introdujo el límite de la *"ceguera jurídica"*. De acuerdo con esta variedad de la teoría del dolo, la actitud desviada del que no reconoce el derecho o no lo quiere reconocer, es decir, del que padece una "ceguera jurídica", producto de una actitud incompatible con el orden jurídico, determinaría que el autor, "en verdad, no haya infringido el derecho, no obstante lo cual se lo sanciona en todo caso como un agente doloso"[61]. De esta manera, también la teoría limitada del dolo lograba desplazar el problema de la fundamentación de la prueba de un elemento subjetivo, que precisamente por su naturaleza, es de difícil acceso a la comprobación de una actitud del autor incompatible con el orden jurídico[62].

866. — También parte del mismo problema práctico la llamada *teoría de la culpabilidad*, que considera que la conciencia de la culpabilidad es un elemento ajeno al dolo y que, por lo tanto, su ausencia, causada por un error de prohibición, no excluye el carácter doloso de la acción típica[63]. Para ello se vale de la evitabilidad del error. Comprobado (o alegado) el error por el acusado, la cuestión que se presen-

[58] Sobre esta problemática ver: Schmidhäuser, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 2ª ed., 1975, p. 417 y siguiente.

[59] Así en la terminología de Jakobs.

[60] Cfr. Mezger, en *Leipziger Kommentar*, 7ª ed., 1954, t. I, § 59, II, B, 17.b, p. 454.

[61] Mezger, en "Probleme der Strafrechtserneurung", en *Festschrift für Kohlrausch*, 1944, ps. 180 y ss. y 184.

[62] No se puede negar que este punto de vista debió cargar con el descrédito de haber sido adoptado por los Proyectos alemanes de 1936 y 1939, que caracterizaron la actitud incompatible con el orden jurídico como una "actitud incompatible con una sana concepción popular del hecho y de la ilicitud", cfr. Mezger, en "Probleme der Strafrechtserneurung", en *Festschrift für Kohlrausch*, 1944, p. 184.

[63] Schmidhäuser, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, p. 416 y siguientes.

ta para la teoría de la culpabilidad consiste en determinar su evitabilidad o inevitabilidad, con lo que la fundamentación de la decisión se relaciona con el conjunto de circunstancias, *en principio objetivas*, en las que el autor ejecutó la acción, y no ya con la comprobación del contenido de su conciencia en el momento del hecho.

867. — A partir de estos problemas prácticos se demuestra que tanto la teoría *"del dolo"* como la teoría *"de la culpabilidad"* han introducido diversas limitaciones, cuya finalidad coincidente es la de reducir las absoluciones fundadas en el error de prohibición sólo a los casos en los que ésta aparezca como merecida por el autor. Ambas teorías difieren, sin embargo, en la caracterización de los casos de absolución merecida.

868. — Esta problemática ha sido mal resuelta por el art. 14 del Cód. Penal. En efecto, al haber extendido al error de prohibición evitable el régimen de consecuencias jurídicas previstas para las eximentes incompletas, el legislador ha olvidado que el problema que se debe resolver no es idéntico. La atenuación obligatoria en uno o dos grados que prevé el art. 14.3 del Cód. Penal puede resultar, a menudo al menos, una atenuación excesiva, es decir, inmerecida. Por lo tanto, los tribunales se verán con frecuencia tentados de evitar una atenuación excesiva sosteniendo que el autor no los ha convencido de su alegación de error. Ello determina que el problema práctico que pretende resolver la teoría de la culpabilidad con un texto como el del art. 14.3 del Cód. Penal sólo pueda serlo a medias en el derecho vigente. La necesidad de reforma, en consecuencia, era urgente, pero el legislador no ha entendido el sentido de la reforma necesaria. Más aún: ha agravado la situación al excluir al error de prohibición del régimen de atenuación facultativa del art. 68 del Código Penal.

869. — En la *doctrina española* la cuestión de la evitabilidad del error no ha merecido hasta ahora una atención especial. Un número importante de autores no trata el tema[64]. En consecuencia, sólo ex-

[64] Bustos Ramírez, *Manual de derecho penal. Parte general*, 3ª ed., 1989, p. 346 y ss.; Cobo del Rosal - Vives Antón, *Derecho penal. Parte general*, p. 510 y ss.; Mir Puig, *De-*

cepcionalmente se ha prestado atención a la cuestión de la evitabilidad del error de prohibición[65], a pesar de su extraordinaria significación en la aplicación del antiguo art. 6 *bis a*) y del actual art. 14.3 del Código Penal.

El sector de la doctrina española que aborda el tema expresamente ofrece distintas respuestas.

— *a* —

870. — Gómez Benítez coincide explícitamente con el llamado *criterio objetivo*. A su modo de ver, el juicio sobre la evitabilidad del error debe ser objetivo: "teniendo en cuenta la situación concreta del sujeto, cualquier persona que se encontrase en la misma situación podría haber realizado —antes de actuar típicamente— una serie de comprobaciones que habrían esclarecido el carácter contrario al derecho del hecho. Este baremo objetivo no coincide con el que mide si una conducta ha sido imprudente"[66]. Las críticas que se formulan al criterio objetivo son, naturalmente, aplicables aquí en forma directa a la posición de Gómez Benítez, que —como se vio— coincide totalmente con él: la culpabilidad es un elemento individual.

— *b* —

871. — Por su parte, Octavio de Toledo - Huerta vinculan la cuestión de la evitabilidad con la capacidad del autor. De acuerdo con su punto de vista, "el error evitable de prohibición podría definirse como aquella situación en la que el sujeto, hallándose en condiciones de conocer —al menos potencialmente— el carácter antijurídico de su

---

recho penal. Parte general, 4ª ed., 1996, p. 659 y ss.; Muñoz Conde, *Teoría general del delito*, 2ª ed., 1989, p. 144 y ss.; Muñoz Conde - García Arán, *Derecho Penal. Parte general*, 1993, p. 345 y ss.; Quintero Olivares - Morales Prats - Prats Canut, *Derecho penal. Parte general*, 1996, p. 351 y ss.; Rodríguez Ramos, *Compendio de derecho penal*, 1988, p. 221 y siguientes.

65 Bacigalupo, *Principios de derecho penal*, 2ª ed., 1990, p. 181 y ss.; ídem, *Comentarios a la legislación penal*, 1985, V-1, p. 53 y ss.; Gómez Benítez, *Teoría jurídica del delito*, 1984, p. 487 y ss.; Octavio de Toledo - Huerta, *Derecho penal. Parte general*, 2ª ed., 1986, p. 314 y ss.; Zugaldía Espinar, en *Código penal comentado*, 1990, p. 30 y siguientes.

66 Gómez Benítez, *Teoría jurídica del delito*, nota 24, p. 487.

conducta, no lo ha conocido, sin embargo, por causas a él achacables (descuido, indiferencia, desidia, precipitación, etcétera)". A su vez, el "error inevitable de prohibición será aquella hipótesis en la que el sujeto no ha podido acceder a la motivación derivada del mensaje normativo porque no se encontraba en condiciones de captarlo ni siquiera potencialmente"[67]. Esta escueta formulación no es incorrecta, pero, muy probablemente, no permitirá diferenciar adecuadamente entre el problema de la inevitabilidad y el de la inimputabilidad, pues, si se vincula la primera con el "acceso a la motivación" sin más, es indudable que se superpondrá con la cuestión de la imputabilidad o capacidad de culpabilidad en sentido estricto. La conocida sentencia del *BGHSt* 2, p. 194 y siguientes muestra esta diferencia con claridad: en los estados psicológicos que determinan la inimputabilidad, el desconocimiento de la antijuridicidad es "consecuencia de un destino inevitable del autor" y no puede fundamentar el reproche de culpabilidad[68] y esto los diferencia de los propios del error de prohibición. Esta observación no significa negar, como es claro, que el conocimiento (potencial) de la prohibición y la capacidad de culpabilidad en sentido estricto sean supuestos especiales de la capacidad de motivarse de acuerdo con el deber jurídico, constitutivos del núcleo de la responsabilidad que fundamenta la culpabilidad[69]. Sin embargo, es indudable la necesidad de una diferenciación más rigurosa de los presupuestos de la evitabilidad y de la capacidad de culpabilidad, toda vez que la inevitabilidad del error constituye un problema diferenciado, en la medida en la que se presenta cuando el autor del hecho típico y antijurídico tiene, además, capacidad de comprender la norma y de obrar según esta comprensión, es decir, cuando es imputable y se encuentra, por lo tanto, en condiciones (psíquicas) de captar el sentido de la norma y de motivarse por ella. Dicho con otras palabras, la cuestión de la inevitabilidad del error requiere establecer qué elementos específicos permiten su determinación con independencia de la capacidad de culpabilidad o imputabilidad en sentido estricto.

[67] Octavio de Toledo - Huerta, *Derecho penal. Parte general*, p. 315.

[68] Cfr. también Rudolphi, en *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, p. 200 y siguientes.

[69] Kaufmann, Armin, *Festschrift für Eberhard Schmidt*, p. 322; Bacigalupo, *Principios de derecho penal*, p. 175.

— *c* —

872. — El resto de los autores que tratan la cuestión de la evitabilidad del error de prohibición[70] han seguido los desarrollos de la dogmática alemana, estableciendo que la evitabilidad presupone que el autor haya tenido:

1. *Razones* para pensar en la antijuridicidad, es decir, que las circunstancias sean tales que haya cabido preguntarse por la infracción de la norma.
2. La *posibilidad* de obtener una correcta información sobre el derecho, que le hubiera permitido comprender la ilicitud de su comportamiento.

De estos elementos se tratará en los siguientes apartados.

873. — Como se vio, la evitabilidad del error depende, según la opinión generalizada en la doctrina alemana y en la seguida por parte de la española, de dichas condiciones: el autor debe haber tenido *razones* para pensar en la antijuridicidad y la *posibilidad* de esclarecer la situación jurídica. ¿Cómo se establecen ambos elementos que fundamentan el juicio sobre la evitabilidad del error?

(1)

874. — Las razones para pensar en la antijuridicidad se deben referir a *circunstancias del hecho* que proporcionan al autor un *indicio de posible antijuridicidad*. La cuestión de cuáles son estas circunstancias es discutida.

(I)

875. — El Tribunal Supremo Federal Alemán[71] ha sostenido un punto de vista extremo: todas las circunstancias de todos los hechos constituyen razones para pensar en su antijuridicidad. Es decir, actuar es ya una razón para pensar en la antijuridicidad. El *BGH* fun-

[70] Bacigalupo, *Principios de derecho penal*, y especialmente, en *Comentarios a la legislación penal*, V-1°, 1985, ps. 53 y ss. y 83 y ss.; Zugaldía Espinar, en *Código Penal comentado*.

[71] *BGHSt*, t. 2, p. 201.

damentó este punto de vista de la siguiente manera: "no todo error de prohibición excluye el reproche de culpabilidad. Las carencias de conocimiento son en cierta medida subsanables. Las personas, en tanto están estructuradas sobre su autodeterminación moral libre, están en todo momento llamadas, como partícipes de una comunidad jurídica, a comportarse de acuerdo al derecho y a evitar lo ilícito. Este deber no se satisface si ellas sólo dejan de hacer aquello que resulta a sus ojos claramente ilícito. Por el contrario, las personas tienen que tomar conciencia, *ante todo lo que piensan hacer*, de si ello está en consonancia con los principios del deber jurídico. Las dudas se deben despejar mediante reflexión o informándose". Este criterio, vinculado, como se ve, a la concepción de la evitabilidad del error como infracción de un deber de información que existiría en todos los casos, ha merecido fuertes objeciones[72]. Se entiende que si se partiera de una exigencia tan rígida la "vida social se paralizaría".

(II)

876. — Un sector de la doctrina actual sostiene que la capacidad de comprobar la situación jurídica no sólo se da cuando el autor ha tenido una duda sobre la antijuridicidad, sino también cuando el autor no tiene dudas, pero sabe que actúa en un ámbito en el que existe una regulación específica y cuando el autor es consciente de producir un daño a otro o a la comunidad. "Si no se da ninguna de estas situaciones, se debe reconocer, en favor del autor que no ha sabido de la ilicitud de su acción, un error de prohibición inevitable"[73].

877. — Similar es el punto de vista de Rudolphi, que excluye la disculpa del error inevitable en los casos de acciones realizadas dentro de un ámbito de actividades especialmente reguladas o en supuestos de normas fundadas en valores fundamentales del orden jurídico sobre la base de la "culpabilidad por la conducta vital" o de un "repro-

[72] Roxin, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, p. 601 y ss.; F-Chr. Schröder, en *Leipziger Kommentar*, 10ª ed., 1985, § 17, 29.

[73] Roxin, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, p. 602; en parte también F-Chr. Schröder, *Leipziger Kommentar*, 10ª ed., 1985, § 17, 30; Stratenwerth, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 3ª ed., 1981, nº 586, Rudolphi, en *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*.

che mediato de la culpabilidad por el hecho"[74]. Estos puntos de vista tienen, sin duda, notorias ventajas prácticas, pues permiten, en relación al punto de vista de Horn, una razonable limitación de los casos de inevitabilidad del error de prohibición. Sin embargo, no se puede negar que, en realidad, no son totalmente consecuentes con su punto de partida. En efecto, si se pretende fundamentar la reprochabilidad del error de prohibición en la capacidad (no empleada) del autor, lo cierto es que de esta manera no se lo logra, pues al extender los casos en los que el autor no ha tenido una duda sobre la antijuridicidad (o sea al reducir el componente individual de la evitabilidad del error) se aparta de la cuestión de la capacidad personal del autor, para retornar, calladamente, al criterio de la evitabilidad muy cercano al de la infracción del deber de informarse sobre la antijuridicidad[75]. En otras palabras: introducen algo muy cercano al *"deber de dudar"*.

(III)

878. — Un punto de vista diverso, aunque orientado en el mismo sentido, es el que ha propuesto Jakobs[76], que no se refiere a la capacidad del autor sino que determina la evitabilidad según el fin preventivo-general (positivo). Desde esta perspectiva, el concepto de evitabilidad habría sido concebido de forma doblemente errónea. De una parte, la evitabilidad no es un fin en sí mismo, dado que si el autor evita el error, dice Jakobs, habría tenido conciencia de la antijuridicidad, pero ello no significa que se lo debe disculpar, sino todo lo contrario. De otra parte, el concepto de evitabilidad conduce a una inadecuada asociación con el concepto psicológico de "capacidad", tal como éste es entendido en el marco de la imputabilidad. Por el contrario, la evitabilidad *no debe constituir un problema psicológico sino normativo*: se trata de la respuesta a la pregunta sobre cuáles son los factores psíquicos del error que el autor puede invocar en su beneficio y cuáles son aquellos por los que él mismo tiene que responder[77].

[74] Rudolphi, en *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, § 17, 44 y siguientes.

[75] Cfr. sobre esta problemática: Bacigalupo, en *Comentarios a la legislación penal*, V-1°, p. 86.

[76] Jakobs, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 2ª ed., 1991, p. 556 y siguientes.

[77] Jakobs, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 2ª ed., 1991, p. 558.

879. —A partir de estas premisas, la evitabilidad del error de prohibición depende de si el autor es o no competente (responsable) respecto del defecto de conocimiento de la antijuridicidad. La cuestión tendrá diferentes respuestas según que el error recaiga sobre normas fundamentales *(Grundlageirrtum)* o sobre normas de un ámbito "disponible", es decir, normas cuyo contenido no es, en una sociedad determinada, "evidente". En el campo de las *normas fundamentales* la competencia del autor, es decir, las razones para pensar en la antijuridicidad, sólo puede faltar si éste presenta un *"déficit de socialización"* (por ejemplo, porque pertenece a una cultura diversa, en la que tales normas no son reconocidas); en tales casos se trata de una situación similar a la de la inimputabilidad[78]. A las normas fundamentales pertenecen, además, las que regulan un ámbito vital en el que el autor ha actuado un tiempo considerable, por ejemplo, las que regulan el ejercicio de su actividad profesional[79]. En el ámbito de las normas "disponibles", por el contrario, el autor no puede invocar en su descargo un déficit real de conocimiento jurídico, si la norma hubiera entrado en su conciencia, en el caso de que hubiera tenido una suficiente disposición de cumplir la norma. Ello es consecuencia de que el derecho penal debe garantizar que no se pueda contar con tal déficit para merecer una disculpa, pues, de otra manera, "no se podría proteger la confianza en que toda persona capaz de culpabilidad (imputable) no permitirá que se produzca dicha situación"[80]. En suma: Jakobs entiende que el autor debe responder por su error si de su comportamiento surge un reconocimiento insuficiente del derecho positivo[81] y considera que existen razones para pensar en la antijuridicidad "cuando la conducta del autor es incompatible con la validez del orden jurídico positivo y el error no es casual ni puede ser imputado a otro sistema"[82].

[78] Jakobs, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 2ª ed., 1991, ps. 557, 545. En gran medida este punto de vista ha sido expuesto en la jurisprudencia, en numerosas sentencias en las que se sostiene que no cabe reconocer el error de prohibición cuando éste se refiere a normas elementales del ordenamiento jurídico.

[79] Jakobs, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 2ª ed., 1991, p. 546.

[80] Jakobs, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 2ª ed., 1991, p. 558.

[81] Jakobs, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 2ª ed., 1991, p. 560.

[82] Jakobs, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 2ª ed., 1991, p. 561. La palabra "sistema" en la terminología de Jakobs se puede entender provisionalmente como sinónimo de "suje-

(2)

880. — Si el autor tuvo razones para pensar en la antijuridicidad, tendrá que cerciorarse respecto del significado jurídico de su conducta[83]. Los medios señalados en la doctrina como idóneos para despejar la incógnita a este respecto son la *autorreflexión* y la *información en una fuente jurídica confiable*. Ambos han sido señalados por la citada sentencia del *BGHSt*[84], en la que —como se vio— se dijo que un sujeto responsable debe despejar las dudas sobre la antijuridicidad mediante *autorreflexión o información*.

(I)

881. — La *autorreflexión* se caracteriza por un esfuerzo de conciencia para comprender la significación jurídica de la acción. Pero, es evidente que se trata de un medio totalmente condicionado por los contenidos de conciencia que son producto del proceso de socialización, y que sólo puede alcanzar su objetivo cuando se trata de normas ético-sociales generalmente reconocidas, es decir, en la terminología de Jakobs, pertenecientes al núcleo fundamental del derecho penal[85]. Es claro que si se trata de personas de una fuerte conformación religiosa o ideológica, es posible que el esfuerzo de conciencia no les permita llegar precisamente al contenido de las normas del orden jurídico.

(II)

882. — La *información*, por el contrario, ofrece mejores posibilidades, siempre y cuando provenga de una *fuente confiable*. Normalmente ésta será un abogado, pero también los notarios, procuradores y los funcionarios competentes en el ámbito en el que se debe desarrollar el proyecto de acción. El ciudadano no debe cargar con la ta-

---

to", pero teniendo en cuenta que, en todo caso, no se refiere sólo a sujetos psico-físicos, es decir, a personas individuales.

[83] Doctrina dominante: ver Bacigalupo, *Comentarios a la legislación penal*, V.1°, p. 87 y siguientes.

[84] *BGHST*, t. 2, p. 194 y siguientes.

[85] Cfr. Jakobs, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 2ª ed., 1991, p. 545; Bacigalupo, *Comentarios a la legislación penal*, V. 1°, p. 87.

rea de verificar la corrección del consejo jurídico, pues ello lo llevaría a una cadena interminable de comprobaciones que prácticamente impediría todo comportamiento[86] lo que resultaría incompatible con el derecho genérico a la libertad de acción que se deduce de la dignidad de la persona y del derecho al libre desarrollo de la personalidad que le es inherente (art. 10.1, *CE*).

883. — En la teoría se asigna una gran importancia como fuente de información a la *jurisprudencia*. Cuando el autor ha proyectado su acción sobre la base de decisiones judiciales conocidas, su error sobre la antijuridicidad será, por regla general, inevitable[87]. Problemática puede resultar en este sentido la *jurisprudencia contradictoria*. Pero en tales casos es evidente que no cabe exigir al autor alcanzar un conocimiento que los propios tribunales no han podido establecer. En estos casos, si el autor se ha comportado en uno de los sentidos admitidos por la jurisprudencia, su error debe ser declarado inevitable. De aquí se deduce una razón más para lograr una verdadera unificación de la jurisprudencia, a través del Tribunal Supremo.

884. — La aplicación práctica de estas teorías requiere, como consecuencia de la errónea elaboración legislativa del texto del art. 14 del Cód. Penal, distinguir claramente entre los problemas de prueba del error o la ignorancia de la antijuridicidad y el problema de su evitabilidad. En este sentido, se debe tener presente que el error de prohibición o sobre la antijuridicidad sólo puede ser considerado cuando el acusado, de una manera explícita o implícita, lo haya alegado en su defensa. Si el tribunal entiende que esta alegación es veraz o puede serlo, el error o la ignorancia se tendrán por probados. Cuando, por el contrario, el tribunal estime que puede fundamentar racionalmente la no veracidad de la alegación, deberá rechazarla *motivando* su decisión (art. 120.3, *CE*)[88].

[86] Cfr. Roxin, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, p. 604.

[87] Roxin, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, p. 605; Schröder, en *Leipziger Kommentar*, § 17, 32 y ss. En la doctrina española: Cobos Gómez de Linares, *Presupuestos del error sobre la prohibición*, 1987.

[88] Cfr. *SSTS* del 15/4/89, Rec. nº 753/86; 3/5/89, Rec. nº 1452/87.

885. — Resumiendo: probada la ignorancia o el error sobre la antijuridicidad se debe plantear la cuestión de si eran o no evitables. El juicio sobre la evitabilidad se debe realizar separando dos momentos:

a) La cuestión de si el autor tuvo razones para suponer la antijuridicidad.

b) Si tuvo a su disposición la posibilidad de aclarar la situación jurídica.

8 — Las consecuencias jurídicas del error sobre la desaprobación jurídico-penal

886. — El art. 14.3 del Cód. Penal prevé una *atenuación obligatoria de la pena del delito doloso*. Se trata de la imposición de una atenuación exagerada de uno o dos grados de la pena. Esto ya es grave en el Código vigente, donde el error vencible de prohibición es considerado como una eximente incompleta. En el nuevo Código Penal se da una situación en la que es evidentemente difícil saber qué idea ha tenido el legislador, pues ha modificado la consecuencia jurídica de las eximentes incompletas, convirtiendo la atenuación en meramente *facultativa* —el art. 68 del nuevo Cód. Penal dice: "(...) los jueces o tribunales *podrán* imponer (...) la pena inferior en uno o dos grados a la señalada por la ley"—, mientras ha mantenido la misma atenuación para el error vencible de prohibición, pero con carácter *obligatorio*. Cualquiera que sea la solución que se hubiera querido dar a las consecuencias jurídicas de las eximentes incompletas, lo cierto es que no se entiende qué razones existen para no haber adoptado el mismo criterio respecto del error de prohibición evitable. En todo caso, lo que era necesario era reducir los efectos de la obligatoriedad de la atenuación establecida para estos supuestos. Ello se podría haber llevado a cabo eliminando el vínculo de la atenuante con una medida mínima tan amplia como la prevista en el nuevo Código Penal. Una formulación que permitiera la atenuación dentro del marco penal establecido para el delito —como una atenuación ordinaria— hubiera cumplido acabadamente con los objetivos político-criminales que aquí se postulan en esta materia.

887. — De cualquier manera, la nueva situación legal permite paliar en alguna medida las equivocaciones del legislador, dado que el

art. 68 del Cód. Penal contiene un principio que permitirá dejar de lado una jurisprudencia extremadamente discutible. En efecto, hasta ahora era dominante la jurisprudencia que entendía que cuando la ley autorizaba la atenuación de la pena en uno o dos grados, si se descendía uno en éste eran aplicables las reglas que debían ser aplicadas si se rebajaba la pena hasta el segundo grado[89]. Este criterio no tenía un fundamento claro en el texto de la ley y sólo podía ser deducido de la preferencia que se acordaba a la disminución del grado de la pena, aunque su aplicación no era luego totalmente consecuente.

888. — En la actualidad, el art. 68 del Cód. Penal libera a los tribunales de aplicar las reglas del art. 66 del Cód. Penal (*mutatis mutandis*, el antiguo art. 61, Cód. Penal) tanto en la reducción de uno como de dos grados, pues los faculta a imponer la pena inferior en uno o dos grados *"aplicándola en la extensión que estimen pertinente"* (en igual sentido, el art. 62 del Cód. Penal). Esta regla se debe aplicar también en el caso del art. 14.3 del Cód. Penal, dado que no existen razones para que el régimen de la atenuación sea diverso en el supuesto del error. Más aún, ya se ha puesto de relieve la comunidad conceptual que existe entre el error y las eximentes incompletas.

b — La capacidad de culpabilidad en el sentido estricto

889. — En la terminología tradicional se designa a este elemento como "imputabilidad", queriéndose hacer referencia con ello a las condiciones para la imputación subjetiva de un hecho determinado, es decir, a la atribución de una acción a un sujeto como su acción. Esta terminología tradicional es, en realidad, poco práctica, porque no señala el elemento que realmente importa, sino el problema, en forma muy general, que se quiere resolver. Al reemplazarse esa terminología por la de "capacidad de motivación" o "capacidad de culpabilidad" se logra un mayor acercamiento al núcleo del problema dentro de la sistemática moderna.

89 Cfr. *SSTS* del 14/4/89; 27/9/91; 19/2/92; 8/4/92; 21/11/93.

890. — La cuestión de la capacidad de motivación es de naturaleza eminentemente normativa: no debe confundirse, por lo tanto, con una cuestión médica o psiquiátrica, aunque sea necesario determinar algunos aspectos mediante la ayuda de conceptos médicos.

La capacidad de motivación es la capacidad de determinarse por el cumplimiento del deber, que requiere:

a) La capacidad de comprender la desaprobación jurídico-penal.
b) La capacidad de dirigir el comportamiento de acuerdo con esa comprensión.

891. — El Código vigente ha introducido en el art. 20.1° una nueva fórmula legislativa respecto de la capacidad de culpabilidad, o más concretamente de los estados personales que, bajo ciertas condiciones, excluyen la capacidad de culpabilidad, que responde al llamado *método biológico-psicológico* o *biológico-normativo*. Se trata de una estructura de dos niveles: el correspondiente a los *estados personales del sujeto* y el que se refiere a los *efectos de tales estados sobre la capacidad de autoconducción del sujeto*. Sin embargo, a pesar de la aparentemente diversa naturaleza de cada uno de los niveles, lo cierto es que se trata de una "construcción normativa"[90]. Por lo tanto, en el art. 20.1° del Cód. Penal se deben distinguir, por un lado, las *anomalías o alteraciones psíquicas* que se deben comprobar como presupuesto y, por otro, la exclusión de la *posibilidad del autor de comprender la ilicitud del hecho o de actuar conforme a esa comprensión*, que se debe verificar como consecuencia de aquellas anomalías.

892. — Una explicación tradicional de esta fórmula de dos niveles afirma que debe existir una relación de causalidad entre las anomalías o alteraciones psíquicas y la capacidad de autodeterminación. Sin embargo, este punto de vista ha sido puesto en duda. No se trata de comprobar una *relación de causalidad real*, sino de establecer normativamente si el sujeto se encontraba en una situación personal que le permitiera determinarse por la norma que vulneró. En este sentido, no se trata de explicar la situación en la que el sujeto se ha motivado mediante un estado orgánico cerebral, sino de si ese estado

[90] Jakobs, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, p. 522; Roxin, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 2ª ed., 1994, p. 729 y siguientes.

psíquico permite "*suponer* una pérdida de la subjetividad" requerida por el derecho penal[91]. En otras palabras: se trata de si el derecho vigente considera que el hecho punible ejecutado proviene de un sujeto o si lo considera como un hecho de la naturaleza, que no se debe imputar a ningún sujeto, aunque provenga de un ser humano.

1 — La minoría de edad

893. — Los códigos penales excluyen de forma genérica la responsabilidad de los menores de cierta edad. En el español esta exclusión se establece para los menores de dieciocho años en el art. 19.

894. — En realidad, la exclusión de la responsabilidad de los menores de cierta edad se apoya en la presunción *juris et de jure* de que aún no han alcanzado la madurez necesaria para comportarse de acuerdo con su comprensión del derecho. Por este motivo tal vez debería tratarse esta circunstancia fuera del capítulo correspondiente a las causas que excluyen la capacidad de motivación. La mayor parte de los menores de dieciocho años tienen ya capacidad para comportarse de acuerdo con su comprensión de la desaprobación jurídico-penal del hecho; por esta razón, la edad menor de dieciocho años se debería considerar como una excepción personal al régimen del derecho penal común.

895. — El momento de consideración de la edad es el de la comisión del hecho, no el de la sentencia. Por tal debe entenderse, a su vez, el de la realización de la acción, sea que se trate de una acción de autoría o de participación (complicidad o inducción).

2 — Las anomalías o alteraciones psíquicas

I — La exclusión de la capacidad de motivación por enfermedad mental

896. — Una anomalía o alteración psíquica se debe admitir sobre todo en los casos de enfermedades mentales. El concepto de enferme-

91 Jakobs, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, ps. 495, 522 y siguientes.

dad mental no se superpone con el concepto médico de la misma. Desde el punto de vista jurídico, con el que se debe interpretar estas expresiones, deben incluirse aquí, en primer lugar, las psicosis en sentido clínico, tanto de origen exógeno como endógeno. Entre las exógenas se cuentan los delirios condicionados por parálisis esclerótica, el *delirium tremens*, los que tienen sus orígenes en intoxicaciones y los estados psicóticos provenientes de tumores o lesiones cerebrales. La ebriedad puede ser considerada como enfermedad mental cuando haya alcanzado un grado considerable (3°/00 de alcohol en la sangre)[92] capaz de excluir la capacidad de comprender y de comportarse de acuerdo con esa comprensión.

Las psicosis endógenas son fundamentalmente la esquizofrenia y la locura maníaco-depresiva.

897. —Las enfermedades mentales, además de ser agrupadas según sus causas, como acabamos de ver, lo son también según sus síndromes[93]. Desde este punto de vista, se distingue entre "el tipo de reacción aguda exógena", "el síndrome orgánico en sentido estricto" y "el síndrome psíquico cerebral local".

898. — La epilepsia es considerada una enfermedad mental desde el punto de vista jurídico, aunque en parte se rechaza su carácter de psicosis endógena[94].

899. — Es preciso señalar que el concepto de enfermedad mental de Kurt Schneider, al que tan frecuentemente se recurre en la práctica, no es hoy en día admisible en la interpretación de las disposiciones sobre exclusión de la capacidad de motivación[95]. En ello no deja de tener influencia el medio siglo de antigüedad de tal concepto. Para Schneider "sólo hay enfermedad en lo corporal, y un fenómeno espiritual morboso requiere ser condicionado por la existencia de una

92 Rudolphi, en *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, § 20,7.

93 Kaufmann, Hilde, *Kriminologie*, 1971, t. I, p. 21 y siguientes.

94 Cfr. Córdoba Roda, en Córdoba Roda - Rodríguez Mourullo, *Comentarios al Código Penal*, p. 216; Kaufmann, Hilde, *Kriminologie*, p. 33 y siguientes.

95 Schneider, *Die psychopathischen Persönlichkeiten*, 9ª ed., 1950; 1ª ed., 1923.

modificación enfermiza del cuerpo"[96]. Sin embargo, en las propias enfermedades mentales como la esquizofrenia y la manía depresiva o circular estas transformaciones del cuerpo no han sido comprobadas[97]. "La suposición de que la ciclotimia y la esquizofrenia provienen de enfermedades (corporales) es un puro postulado, si bien muy probable y casi fundadamente constructivo"[98]. Las personalidades psicopáticas, en cambio, "no se refieren a una enfermedad" (corporal)[99]. De manera que el límite entre enfermedad y simple anormalidad está basado en la pura postulación de una suposición no comprobada experimentalmente. Es evidente que metodológicamente un concepto semejante queda invalidado. Pretender establecer la línea divisoria de imputabilidad y no imputabilidad en base a él es por demás criticable[100].

900. — Una diferencia entre el concepto médico o psiquiátrico de enfermedad mental y el concepto jurídico permite considerar como supuestos de enajenación o de perturbación de las facultades mentales, etcétera, a casos que, desde el punto de vista de sus efectos sobre la capacidad de motivación, tienen idénticas características. Se trata de situaciones en las que se comprueba una grave perturbación del "núcleo de la personalidad y de la capacidad de actuar de acuerdo con el sentido"[101].

901. — Aquí entran en consideración, en primer lugar, las psicopatías. Ciertamente, los fundamentos mismos de éstas están hoy cuestionados, pues no puede demostrarse una distinción adecuada entre las perturbaciones condicionadas por el desarrollo y las condicionadas por la disposición. El criterio del que deberá partir aquí el tribunal es el de si la gravedad de la perturbación la hace compara-

96 Schneider, *Die phsychopathischen Persönlichkeiten*, p. 10.

97 Cfr. Schneider, *Die psychopathischen Persönlichkeiten*; del mismo autor, *Die Beurteilung der Zurechnungsfähigkeit*, 2ª ed., 1953, p. 8.

98 Schneider, *Die Beurteilung der Zurechnungsfähigkeit*, p. 9.

99 Schneider, *Die Beurteilung der Zurechnungsfähigkeit*, p. 10.

100 Cfr. Kaufmann, Hilde, *Kriminologie*, p. 20; también Cabello, *Psiquiatría forense en el derecho penal*, 1981, t. I, p. 167 y siguientes.

101 Rudolphi, en *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, § 20, 14; Lenckner, en Schönke - Schröder, *Strafgesetzbuch, Kommentar*, §§ 20, 19 y 23.

ble en sus efectos a una psicosis en sentido clínico, tomando en cuenta el caso concreto. En la psiquiatría moderna no pueden desconocerse las tendencias que procuran prescindir de este concepto por carecer de una comprobación convincente. Desde nuestro punto de vista, lo que se requiere es una perturbación permanente de la personalidad que se exprese en la reacción concreta y de manera grave.

902. — En opinión de algunos tribunales, las psicopatías serían siempre insuficientes para determinar la inimputabilidad. El fundamento residiría en que no registran una base somática, según lo requerido por el concepto de Schneider. Pero precisamente en una importante clase de psicosis, como se demostró más arriba, tampoco se ha podido comprobar una base patológica corporal (psicosis endógenas). Ello demuestra que en definitiva no hay ningún apoyo científico para negarles, en principio, a las psicopatías o a las personalidades psicopáticas la calidad de situaciones equivalentes a las enfermedades mentales. En definitiva, todo se apoya en una mera suposición que, a su vez, descansa en otra no menos cuestionable: que la vida espiritual es un producto mecánico de la causalidad natural.

903. — El concepto de enfermedad mental a que responde el elaborado por Schneider[102] proviene de la concepción positivista naturalista de la segunda mitad del siglo XIX. Este concepto médico, sin embargo, atraviesa hoy dificultades[103].

Los tribunales, en consecuencia, deben reconocer este estado de la ciencia como condicionante de sus resoluciones y no decretar también qué criterio tiene valor.

El carácter permanente o transitorio del trastorno mental no es, en realidad, esencial. La ley sólo quiere extender el concepto de enfermedad relevante para excluir la capacidad de culpabilidad a los casos en los que se trata de episodios no permanentes.

904. — Dado el concepto de enfermedad mental que hemos sostenido y que no se reduce al concepto positivista de la misma, no es problemática la cuestión del "fondo patológico" del trastorno mental

[102] Weitbrecht, *Psychiatrie im Grundriss*, 2ª ed., 1968, p. 64.
[103] Kaufmann, Hilde, *Kriminologie*, p. 20.

transitorio, sobre el que hubo diversidad de opiniones en la teoría española[104].

II — La exclusión de la capacidad de motivación por insuficiencia de desarrollo mental

905. — Principalmente caen en este grupo los casos de oligofrenia, "que sin embargo no expresan una unidad gnoseológica, sino que, desde un punto de vista etiológico, toman en cuenta las diversas causas, que en parte caen bajo conceptos somáticos de enfermedad, de tal forma que en estricta sistemática deberían tratarse bajo la psicosis"[105].

906. — Se trata de personas cuya inteligencia no rinde en la medida suficiente como para servir a su organismo frente al mundo circundante[106].

Las oligofrenias se distinguen, según el grado alcanzado por la afección, en debilidad mental, imbecilidad e idiocia. Sus causas suelen comprobarse como hereditarias, lesiones durante el embarazo e inmediatamente después del nacimiento y en la temprana edad[107]. La relevancia jurídico-penal de la insuficiencia intelectual está condicionada por el efecto excluyente de la posibilidad de comprender la criminalidad del acto y de dirigir las acciones.

La jurisprudencia más tradicional había considerado estos casos dentro del concepto de enajenación, aunque con excepciones[108].

III — La exclusión de la capacidad de motivación por grave perturbación de la conciencia

907. — Estos casos deben distinguirse de aquellos que importan una pérdida total de la conciencia y que tienen el efecto de excluir ya

104 Jiménez de Asúa, *La ley y el delito*, p. 346 y ss.; Córdoba Roda, en Córdoba Roda - Rodríguez Mourullo, *Comentarios al Código Penal*, t. I, p. 218 y siguientes.

105 Kaufmann, Hilde, *Kriminologie*, p. 41.

106 Busemann, *Psychologie der Intelligenzdefekte*, 1959, p. 120.

107 Kaufmann, Hilde, *Kriminologie*, p. 42.

108 Córdoba Roda, en Córdoba Roda - Rodríguez Mourullo, *Comentarios al Código Penal*, t. I, p. 214.

la realización de una acción. "Perturbación de la conciencia es perturbación de la relación normal entre la conciencia del yo (autoconciencia) y la conciencia del mundo exterior y, por lo tanto, una lesión de la autodeterminación"[109].

908. — Hay acuerdo con respecto a que las perturbaciones no necesitan ser patológicas y a que, en consecuencia, pueden ser también fisiológicas, como el sueño, etc. También se consideran aquí los casos de hipnosis o de estados posthipnóticos y los estados crepusculares hípnicos.

Por el contrario se discute en este contexto hasta qué punto la comprobación de un *estado emocional* de alto grado es suficiente, para tener por acreditados los presupuestos de la exclusión de la capacidad de motivación. En principio es admisible[110], pero se percibe una tendencia restrictiva respecto de las exigencias que debe cumplir. En parte se sostiene que en el momento del hecho el autor puede haber obrado sin capacidad de motivación, pero que es necesario analizar si en el momento de su producción, anterior a la realización del hecho, el estado emocional era inevitable al autor[111].

3 — La consecuencia normativa de las anomalías o alteraciones psíquicas

909. — Esta verificación es lo que hemos designado como componente normativo de la fórmula legal. Se trata de un juicio valorativo que debe realizar el juez.

Las reglas en base a las cuales debe realizarse la determinación variarán según los casos. Principalmente las psicopatías y las neurosis crearán dificultades especiales pues, aun cuando se tenga a mano un diagnóstico concluyente de ellas, su relevancia jurídico-penal dependerá de la intensidad que hayan alcanzado. En estos casos se requiere ponderar cuidadosamente la situación procurando estable-

[109] Rudolphi, en *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, § 20, n° 10.

[110] Jescheck, *Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil*, p. 355; Rudolphi, en *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, § 20, n° 10; Lenckner, en Schönke - Schröder, *Strafgesetzbuch, Kommentar*, § 20, n° 14.

[111] Cfr. Rudolphi, en *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, § 20, n° 12.

cer una delimitación normativa. En cambio, las dificultades no serán excesivas cuando se cuente con un diagnóstico concluyente de enfermedad mental, en cuyo caso podrá, por regla, asegurarse la inimputabilidad. Hellmuth Mayer[112] propone como fórmula la comprobación de si el autor, en su hecho, "es todavía en esencia razonable".

910. — La posibilidad de responder en forma médica a la pregunta por la posibilidad de comprensión y de dirección ha sido cuestionada desde hace mucho. Alexander y Staub lo negaron en la década de los '20 y más recientemente Kurt Schneider[113] afirmaba que la "pregunta por la capacidad de comprensión y dirección según esta comprensión es objetivamente irrespondible; sobre todo, lo referente a la posibilidad de obrar de acuerdo a la comprensión"[114]. El propio Schneider explica que, médicamente, sólo se podría responder a las cuestiones planteadas por la primera parte de la fórmula. "Casi nunca diferenciamos (los psiquiatras) en nuestras respuestas estas últimas cuestiones (de la capacidad de comprender y dirigir); tan lejos, en cierto modo, no llegamos"[115].

4 — Las alteraciones de la percepción

911. — El antiguo art. 8°.3 del Cód. Penal contenía una regla especial que excluía la responsabilidad penal para el sordomudo de nacimiento o desde la infancia. Esta regla fue considerada, con razón, por muchos autores como superflua, pues estos casos cabían ya en las categorías del art. 8°.1[116].

912. — La nueva redacción del art. 20.3°, que reproduce la introducida por la ley 8 de 1983, del 25 de junio, dice ahora: "...el que por sufrir alteración en la percepción desde el nacimiento o desde la infancia, tenga alterada gravemente la conciencia de la realidad". Tampoco en este caso se puede decir que la redacción sea afortunada.

112 Mayer, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, p. 110.
113 Cfr. Schneider, *Die Beurteilung der Zurechnungsfähigkeit.*
114 Schneider, *Die Beurteilung der Zurechnungsfähigkeit*, p. 17.
115 Schneider, *Die Beurteilung der Zurechnungsfähigkeit*, p. 17.
116 Cfr. Díaz Palos, *Teoría general de la imputabilidad*, 1965, p. 222 y siguientes.

Pero, dejando ello de lado, no cabe duda de que la nueva regulación es tan superflua como la anterior y que no requiere un tratamiento específico. Sin embrago, gran parte de las críticas que merecía el antiguo texto[117] se reproducirán con el nuevo.

913. — Lo aconsejable sería la derogación de esta disposición. Sin embargo, el legislador desoyó este punto de vista y no comprendió que agravaba la situación legal. En efecto, el antiguo art. 8°.3 del Cód. Penal de 1973 estaba referido a una fórmula de la capacidad de culpabilidad que no especificaba ninguna consecuencia normativa de los estados psíquicos que la excluían. Al cambiar la fórmula en el nuevo art. 20.1° del Cód. Penal cabe preguntar qué razón existe para que en estos casos el legislador no requiera expresamente que el autor no haya podido comprender la ilicitud del hecho o actuar conforme a esa comprensión. Evidentemente ninguna. Por lo tanto, aunque el art. 20.3° del Cód. Penal no lo exija expresamente, a los efectos de la exclusión de la capacidad de culpabilidad se debe requerir que el autor no haya podido comprender la ilicitud ni comportarse de acuerdo con ella.

5 — La capacidad de culpabilidad disminuida

914. — El art. 21.1ª del Cód. Penal permite considerar como circunstancia atenuante que el grado de los presupuestos o de las consecuencias de ellos no haya alcanzado la medida requerida para excluir la capacidad de motivación.

Ello es factible cuando la capacidad de motivación del autor se haya visto considerablemente reducida. Dada la gran diversidad de supuestos, es posible admitir aquí la imposibilidad de señalar reglas generales precisas. El tribunal, sin embargo, deberá establecer por lo menos la existencia de una anormalidad del autor que incida en su capacidad de motivación y que haya disminuido su entendimiento de la desaprobación jurídico-penal o su posibilidad de comportarse de

117 Cfr. Córdoba Roda, en Córdoba Roda - Rodríguez Mourullo, *Comentarios al Código Penal*, t. I, p. 232 y ss. Críticamente también: Mir Puig, *Derecho penal. Parte general*, 4ª ed., 1996, p. 604 y ss.; Muñoz Conde - García Arán, *Derecho penal. Parte general*, 1993, p. 330.

acuerdo con él. En los casos de drogadicción que disminuye la capacidad de culpabilidad, la jurisprudencia suele aplicar el art. 21.6ª del Cód. Penal, en relación al 21.1ª del mismo, como una atenuante simple, es decir, sin los efectos previstos en el art. 68 del Cód. Penal. Tal solución no deja de ofrecer dudas, dado que, si son análogos los presupuestos, deberían ser también análogas las consecuencias jurídicas, lo que exigirá la aplicación del art. 68 del Código Penal[118].

6 — Casos de discrepancia entre el momento de la ejecución del hecho punible y la capacidad de culpabilidad: "actio libera in causa" (arts. 20.1°.II y 20.2°, Código Penal)

915. — La nueva redacción del art. 20.1°.II del Cód. Penal establece una regla que viene a resolver la polémica relativa a la llamada *actio libera in causa*, es decir, a los supuestos en los que el autor libremente ha causado su propio estado de incapacidad y, luego, sin capacidad de culpabilidad, comete el delito. En estos casos excepcionalmente se dispone que "el trastorno mental transitorio no eximirá de pena cuando hubiese sido provocado por el sujeto con el propósito de cometer el delito o hubiera previsto o debido prever su comisión". De igual manera se establece en el art. 20.2° del Cód. Penal, como condición de la no punibilidad de los hechos cometidos en estado de intoxicación plena por el consumo de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas, etcétera, que dicho estado "no haya sido buscado con el propósito de cometerlo o no se hubiese previsto o debido prever su comisión".

916. — De esta manera el legislador ha decidido una cuestión que preocupó a la doctrina en los últimos tiempos[119]. También en la jurisprudencia se ha planteado la cuestión del fundamento de la responsabilidad en los casos de *actio libera in causa*[120].

[118] Cfr. *SSTS* del 10/10/84; 26/6/85; 15/1/86; 29/3/86 y 23/3/87, entre otras.

[119] Cfr. Jakobs, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, p. 500 y ss.; Roxin, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, p. 754; Neumann, *Zurechnung und "Vorverschulden"*, 1985; Hruschka, en "JuS" (1968), p. 554 y ss.; Joshi Jubert, *La doctrina de la "actio libera in causa" en derecho Penal*, 1992.

[120] Cfr. *STS* del 31/3/93; en relación a la jurisprudencia sobre los delitos cometidos bajo la influencia de drogas ver Joshi Jubert, en *LLespañola*, XV (N° 3475) del 11/3/94.

917. — La nueva disposición no deja, de todos modos, de plantear dudas respecto del fundamento de esta decisión legislativa[121]. En este sentido cabe preguntar: ¿se establece un tipo penal autónomo mediante el que se sanciona el ponerse en estado de incapacidad para cometer un delito o sin el cuidado debido al respecto? Si se adopta el segundo criterio (tipo independiente en el que se sanciona el haberse puesto en un estado generador del peligro de un hecho punible), ya no quedarán prácticamente casos en los que sea necesario recurrir a la *actio libera in causa*. Sin embargo, esta interpretación obligaría a considerar que el hecho cometido en el estado de incapacidad debería ser considerado como una mera *condición objetiva de punibilidad*[122]. Es decir, si no se quiere vulnerar el principio de culpabilidad, el autor debería ser punible con una pena distinta de la prevista para el hecho cometido en estado de incapacidad, dado que respecto de éste no puede ser culpable. Pero, en la medida en la que la ley exige que el dolo o la culpa del autor que creó su propia incapacidad se extienda a los hechos cometidos, parece que el legislador se ha inclinado por la llamada *"solución del tipo"*, ya postulada por la jurisprudencia[123]. De acuerdo con esta solución, se considera que la conducta en estado de incapacidad no es el fundamento de la punibilidad, sino el haber determinado dicho estado, dado que este comportamiento anterior es causal de la realización del tipo[124]. En este sentido se trata de un supuesto de *autoría mediata* en el que el propio sujeto actúa como instrumento de sí mismo.

918. — La construcción basada en la solución del tipo ha sido atacada desde diversos puntos de vista, sobre todo en lo que se refiere al delito doloso. En este sentido se ha sostenido que es dudoso que el acto previo sea causal de la acción formalmente típica cometida en es-

[121] Cfr. sobre el nuevo texto: González - Cuéllar, en *Código Penal, doctrina y jurisprudencia*, Conde-Pumpido Ferreiro (dir.), t. I, 1997, art. 20, p. 592 y ss.; Morales Prats, en *Comentarios al Código Penal*, Quintero Olivares (dir.), 1996, p. 139.

[122] Cfr. Dreher - Tröndle, *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*, 43ª ed., 1986; § 323 *a*, 9; Jakobs, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, p. 503.

[123] Cfr. *SSTS* del 31/3/93 y del 16/3/95; Roxin, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 2ª ed., 1994, p. 755.

[124] Es claro que en este marco se pueda pensar en la inutilidad de esta figura: así Horn, en "GA" 69, p. 289.

tado de incapacidad, que eliminar la propia capacidad de motivación no constituye todavía un acto típico, que con esta solución se priva al inimputable de la posibilidad de desistimiento, etcétera. Si estas críticas prosperan, la regla del art. 20.1°.II del Cód. Penal sería impugnable desde la óptica del principio de culpabilidad.

919. — Como alternativa a esta fundamentación se ha sostenido que, en realidad, la figura de la *actio libera in causa* constituye una excepción de las reglas de la capacidad de culpabilidad, según las cuales el momento en el que se debe dar la capacidad de culpabilidad es el de la ejecución del hecho *(teoría de la excepción)*[125].

920. — Desde el punto de vista del *modelo dialogal de la imputación jurídico-penal* se ha propuesto que estos casos sean considerados de la misma manera que los del provocador de la agresión, al que se priva del derecho de legítima defensa. Por lo tanto, el que provoca su propia incapacidad de culpabilidad no puede invocar en su favor la regla del art. 20.1°.I del Código Penal[126].

921. — La *solución del tipo* es la correcta y, consecuentemente, las propuestas alternativas son innecesarias. En efecto, la "solución de la excepción" se basa, sobre todo, en que dicha excepción no tiene respaldo legal, sino que encuentra su fundamento en el derecho consuetudinario. Como es claro, ésta ya no es la situación del derecho vigente, pues la excepción está expresa en la ley penal. La solución dialogal propuesta por Neumann, a su vez, sólo sería necesaria si no fuera posible considerar que la provocación de la propia incapacidad no puede ser considerada como la acción típica del delito cometido en dicho estado. Pero, la similitud de esta situación con la de la autoría mediata quita toda fuerza de convicción a este argumento, dado que el que dolosamente se pone en estado de incapacidad de culpabilidad se utiliza a sí mismo como instrumento. En el delito culposo, donde la autoría mediata no puede ser tomada como referencia, tampoco exis-

125 Cfr. Hruschka, en "JuS" (1968), p. 554 y en "SchwZStr" 90, 48.

126 Neumann, *Zurechnung und Vorverschulden*, 1985, ps. 176 y ss. y 178 y siguientes.

te ningún problema, dado que los esfuerzos por negar la relación de causalidad de la acción de ponerse en estado de incapacidad respecto del delito luego ejecutado, tampoco merecen ser acogidos[127].

[127] Cfr. en el sentido de una negación de la causalidad: Puppe, en "JuS" 1980, p. 348; Neumann, *Zurechnung und Vorverschulden*, p. 26 y ss.; por todos ver la réplica de Roxin, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, p. 756.

Capítulo X

La extensión de la tipicidad a las formas imperfectas de realización del tipo

922. — La acción es punible no solamente cuando concurren todas las circunstancias que comportan el tipo objetivo y el subjetivo, consumación, (suponiendo que el autor sea culpable), sino también (bajo ciertas circunstancias) cuando falte algún elemento requerido por el tipo objetivo (tentativa). De esta forma entraremos en la cuestión de la delimitación del comienzo de la punibilidad. En otras palabras, y dado que un hecho punible tiene distintas etapas de realización, es preciso delimitar en qué momento el autor ingresa en el límite mismo de lo punible y cuándo se ha alcanzado la etapa que permite llegar al máximo de punibilidad prevista.

— § 65 —

LAS ETAPAS DE REALIZACION DEL HECHO PUNIBLE DOLOSO ("ITER CRIMINIS")

923. — El hecho punible doloso se desarrolla en cuatro etapas: ideación, preparación, ejecución y consumación.

a) *Ideación.* Se trata de un proceso interno en el que el autor elabora el plan del delito y propone los fines que serán meta de su acción, eligiendo a partir del fin los medios para alcanzarlo. Esta etapa está regida por el principio *cogitationem poena nemo patitur*[1], que tiene jerarquía constitucional (art. 16, *CE*).

[1] Jiménez de Asúa, *Tratado de derecho penal*, t. VII, nº 1986.

b) *Preparación.* Es el proceso por el cual el autor se procura los medios elegidos, con miras a crear las condiciones para la obtención del fin.

c) *Ejecución.* Es la utilización concreta de los medios elegidos en la realización del plan. Las zonas correspondientes a la preparación y ejecución resultan de difícil determinación. Su distinción sólo tiene sentido a partir del límite trazado por el legislador entre lo punible y lo no punible, es decir, en relación a los tipos penales individuales de la ley penal.
Dentro de la ejecución es posible distinguir dos niveles de desarrollo: uno en el que el autor no ha dado término todavía a su plan (tentativa *inacabada*) y otro en el que ya ha realizado todo cuanto se requiere según su plan para la consumación (tentativa *acabada*).

d) *Consumación.* Es la realización de todos los elementos del tipo objetivo a través de los medios utilizados por el autor.

— § 66 —

LIMITES ENTRE LA PUNIBILIDAD Y LA NO PUNIBILIDAD

924. — De estas etapas sólo pertenecen al ámbito de lo punible las de la ejecución y la consumación. Tanto la ideación como la preparación son penalmente irrelevantes. Esto surge del propio texto del art. 3° del Cód. Penal, que adopta la fórmula del "principio de ejecución" para deslindar las zonas de la punibilidad y la no punibilidad.

925. — Es frecuente afirmar que "excepcionalmente" la ley castiga también actos preparatorios[2]. Tal afirmación es, por lo menos, superflua y quizás errónea. Preparación y ejecución son conceptos relativos que dependen del punto en el que fije el legislador el comienzo de la protección penal del bien jurídico. En consecuencia, no hay "actos preparatorios" en sí, ni "actos de ejecución" en sí. La tenencia de instrumentos para falsificar, incriminada en el art. 400 del Cód. Pe-

[2] Jescheck, *Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil*, p. 423 y siguientes.

nal no representa un acto preparatorio "excepcionalmente" penado, sino un acto auténtico de ejecución, porque el legislador ha desplazado hasta esas acciones la protección del bien jurídico correspondiente. Desde el punto de vista del apoderamiento tenido en mira por el autor, la muerte del custodio de la cosa no es sino un acto preparatorio, pero nadie discutiría que no se trata de actos preparatorios excepcionalmente penados. La afirmación de que son punibles "sólo por especiales motivos político-criminales"[3], con que aquella conclusión suele ir acompañada, es la prueba de que en definitiva no hay excepción alguna, pues todos los delitos del Código están incriminados por especiales motivos de política criminal.

926. — Tampoco tendría nada que ver con el tema, a nuestro juicio, la cuestión de las "resoluciones manifestadas"[4], que se refiere a la proposición y la conspiración (arts. 17 y 18, Cód. Penal). Estas formas no son sino tipos penales de delitos autónomos. El legislador fija el límite a partir del cual protege un bien jurídico y con respecto a este límite se podrá entonces decir qué es ejecución y qué es preparación. La proposición y la conspiración resultarán, por regla, un acto preparatorio de otro hecho punible en los códigos que no las incriminan expresamente; cuando estén incriminadas serán ya, sin duda, un delito autónomo[5].

— § 67 —

CONCEPTO Y FUNDAMENTOS DE LA PUNIBILIDAD DE LA TENTATIVA

a — Concepto

927. — Hay tentativa cuando el autor, con el fin de cometer un delito determinado, comienza su ejecución, pero no lo consuma por circunstancias ajenas a su voluntad (art. 16.1, Cód. Penal). Este con-

[3] Jescheck, *Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil*, p. 423 y siguientes.

[4] Jiménez de Asúa, *Tratado de derecho penal*, t. VII, nº 2000.

[5] En detalle respecto del Código español: Cuello Contreras, *La conspiración para cometer el delito*, 1978.

cepto es común a los casos en que, a pesar de la falta de consumación del delito, la acción era adecuada para alcanzarla (tentativa idónea) y a los casos en que la acción carece de aptitud para alcanzar la consumación (tentativa inidónea).

b — El fundamento de la punibilidad de la tentativa

928. — El entendimiento de los problemas que plantea el art. 16 del Cód. Penal. requiere, previamente, establecer el *fundamento de la punibilidad de la tentativa.* En la actualidad rivalizan por lo menos cuatro teorías sobre esta cuestión:

— a —

929. — La llamada *teoría objetiva* considera que la tentativa es punible por el peligro que ha corrido el bien jurídico protegido. Esta teoría no puede admitir la punibilidad de la tentativa absolutamente inidónea, es decir, aquella que de ninguna manera tenía aptitud para producir la consumación[6]. Sin embargo, la teoría objetiva pudo ser extendida a la tentativa inidónea reconociendo que no sólo entraría en consideración el peligro corrido por el bien jurídico, sino también la peligrosidad exteriorizada por el autor. Esto sólo resultó posible en la medida en que la pena se fundamentó en la prevención especial[7]. "La relación tiene que darse en un doble sentido: en la peligrosidad del hecho y en la peligrosidad del autor"[8]. La teoría objetiva es mayoritaria en la dogmática española[9].

— b —

930. — La *teoría subjetiva*, por el contrario, toma como punto de partida, no ya la puesta en peligro del bien jurídico, sino la compro-

[6] Feuerbach, *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland geltenden peinlichen Rechts*, 4ª ed., 1808, p. 43; Liszt - Schmidt, *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*, p. 301 y siguientes.

[7] Liszt, *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*, 16/17ª ed., 1908, § 46, nº 2; ampliado en Liszt - Schmidt, *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*, ps. 301, 313 y siguientes.

[8] Cfr. Liszt - Schmidt, *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts.*

[9] Mir Puig, *Derecho penal. Parte general*, 4ª ed., 1996, p. 329.

bación de una voluntad hostil al derecho. Esta teoría permite concebir la punibilidad de toda tentativa, inclusive la inidónea, pues dentro de su esquema una distinción entre tentativa inidónea e idónea no tiene sentido: toda tentativa es inidónea pues, de haber sido idónea, se hubiera consumado el delito[10]. El fundamento de esta teoría está dado por la teoría de la equivalencia de las condiciones: si todas las condiciones son equivalentes para el resultado, no hay distinción posible en el plano objetivo; es preciso entonces recurrir al subjetivo. "En sentido estricto es inclusive inadecuado hablar de un medio inidóneo, porque la inidoneidad es lo opuesto al medio"[11].

931. — La teoría subjetiva, de cualquier manera, requiere también la existencia de una acción objetiva que haya comenzado la ejecución del hecho. Mientras las teorías objetivas no permiten alcanzar las tentativas inidóneas, es decir, tienen un fundamento insuficiente para quienes consideran político-criminalmente necesaria la punibilidad de éstas, las teorías subjetivas ofrecen dificultades para excluir de la punibilidad las tentativas irreales (supersticiosas: el autor cree por medios supersticiosos poder consumar el delito), de las que se postula la innecesariedad político-criminal de su punibilidad.

Resumiendo: las teorías objetivas fijan el comienzo de la punibilidad en el peligro recorrido por el bien jurídico, mientras las subjetivas lo hacen en la exteriorización de la voluntad de lesionarlo, aunque no lo ponga concretamente en peligro.

Ambas teorías han sido abandonadas desde hace tiempo en la dogmática alemana y probablemente también en la italiana[12].

— *C* —

932. — Un punto de vista distinto representa en la actualidad la *teoría de la impresión*, de acuerdo con la cual "el *fundamento de la punibilidad* de la tentativa es la voluntad activa contraria a una norma de conducta, pero el *merecimiento de pena* de la acción dirigida al he-

[10] Baumann, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 8ª ed., con la colaboración de Weber, 1977, § 26, 3, II, p. 490; Bockelmann, *Strafrechtliche Untersuchungen*, p. 138.

[11] Buri, *Ueber die sog. untauglichen Versuchshandlungen*, en "ZStW" 1, 1881, p. 185 y siguientes.

[12] Fiandaca - Musco, *Diritto Penale. Parte generale*, 1990, p. 233 y siguientes.

cho sólo será admitido cuando conmueva la confianza de la generalidad en la vigencia del orden jurídico y, de esta manera, pueda ser dañada la paz jurídica"[13]. Esta teoría ha sido criticada con razón por Jakobs, pues sitúa erróneamente la problemática. No se trata de la "conmoción de la confianza de una pretendida generalidad" —que puede ser demostrada *empíricamente* para cada caso en el que se debe aplicar la norma que sanciona la tentativa— sino de la "legitimidad de la intervención antes de la realización del tipo"[14]. A ello se debe agregar que desde el punto de vista de esta teoría la preparación del delito (sobre todo si es un delito grave) también debería conmover la confianza de la generalidad y, por lo tanto, no justificaría la no punibilidad de los actos preparatorios.

— *d* —

933. — En la moderna *dogmática funcionalista* el fundamento de la punibilidad de la tentativa consiste en que *a través de su intento el autor expresa su desobediencia a una norma realmente existente*[15]. Se trata, por lo tanto, del *carácter expresivo* de la negación de una norma. De esta manera se excluye de la punibilidad las tentativas supersticiosas, en las que el autor recurre a fuerzas sobrenaturales (dado que tal recurso no está prohibido por norma alguna) o en los que se dirige contra objetos sobrenaturales (lo que tampoco prohíbe norma alguna). Asimismo resultarán irrelevantes para el derecho penal, porque no se dirigen contra ninguna norma, los intentos basados en "conocimientos logrados a partir de una fuente, en principio inadecuada (sueño, sentimiento intuitivo, sugestión)"[16]. Lo decisivo, en todo caso, es si el autor obró o no según un juicio racional, es decir, expresando desde su perspectiva un proceder que racionalmente hubiera podido vulnerar la norma. Por ejemplo: el que piensa que pone una dosis mortal de veneno en la sopa de su víctima, pero *por error* sólo ha puesto azúcar ha obrado según un juicio racional, pues si no se hubiera equivocado habría podido realizar su propósito. Este

[13] Jescheck - Waigend, *Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil*, 5ª ed., 1996, p. 514.

[14] Jakobs, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 2ª ed., p. 712.

[15] Jakobs, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 2ª ed., p. 712.

[16] Jakobs, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 2ª ed., p. 714.

caso se diferencia claramente del que cree que puede matar a otro invocando fuerzas sobrenaturales. El primero expresa y comunica su desconocimiento de la norma; el segundo no, pues tales irracionalidades no están prohibidas por ninguna norma[17].

— *e* —

934. — El nuevo texto del art. 16 del Cód. Penal ha dado lugar a distintos entendimientos respecto del fundamento de la punibilidad de la tentativa, lo que prácticamente se manifiesta en diversas opiniones respecto de la punibilidad de la tentativa inidónea. La cuestión proviene del giro redaccional que ha dado el legislador a los actos ejecutivos, que, de acuerdo con el nuevo texto del art. 16, "*objetivamente* deberían producir el resultado". Asimismo, el art. 62 prevé que la pena se aplicará "atendiendo al *peligro inherente* al intento y al grado de ejecución alcanzado".

Sobre la base de estos textos se sostiene que "ya (no) sólo se descarta (...) que la tentativa absolutamente inidónea pudiera ser castigada, sino también la de supuestos de inidoneidad relativa"[18].

935. — Pero, a la vez se afirma que el adverbio "*objetivamente*" excluye la punibilidad de la tentativa irreal, pero subrayando que "ello no impide, sin embargo, la punición de la tentativa (o "delito imposible") no irreal"[19]. Desde este punto de vista, "peligrosidad *objetiva* no significa que, tal como han ido las cosas en el caso concreto, los actos preparatorios o ejecutivos hayan podido producir la consumación, pero sí que en otras circunstancias hubieran podido conducir a ella"[20].

936. — Lo primero que se debe señalar es que el texto no habla de "*peligro objetivo*", sino de hechos exteriores "que objetivamente de-

[17] Probablemente en sentido similar Muñoz Conde - García Arán, *Derecho penal. Parte general*, 1993, p. 378, aunque haciendo referencia a la distinción entre tentativa absoluta y relativamente inidónea.

[18] Cobo del Rosal - Vives Antón, *Derecho Penal. Parte general*, 4ª ed., 1996, p. 656, donde hacen referencia al mismo tiempo a inidoneidad abstracta, concreta y la inidoneidad absoluta y relativa.

[19] Mir Puig, *Derecho penal. Parte general*, 4ª ed., 1996, p. 329.

[20] Mir Puig, *Derecho penal. Parte general*, 4ª ed., 1996, p. 329.

berían producir el resultado". En la dogmática italiana, interpretando un texto más claro que requiere expresamente *idoneidad*, se afirma en la actualidad que "la idoneidad para producir el resultado no puede ser entendida en sentido estrictamente causal"[21]. Esto también vale para el derecho español: "*Objetivamente*" no significa lo que la ley no dice, es decir, peligro real de producción *causal* del resultado. Ni siquiera recurriendo al art. 62 es posible sostener lo contrario, toda vez que esta disposición sólo dice que la pena del delito tentado se debe graduar "atendiendo al peligro inherente al intento y al grado de ejecución alcanzado". Estas expresiones no significan que sin peligro no hay punibilidad, sino que la ausencia de peligro permite reducir al máximo la pena. El "peligro inherente al intento" se refiere al que corresponde *al caso concreto*, no a un peligro *esencial* para la existencia de cualquier intento.

Por lo tanto, *"objetivamente", quiere decir que la producción del resultado no puede depender sólo de la imaginación del autor*, sino que el plan de éste debe tener un fundamento racional.

937. — De esta manera, como lo sostiene Jakobs, dentro de los comportamientos comunicativamente relevantes, es decir, de aquellos en los que el plan del autor objetivamente considerado es racionalmente apto para causar el resultado, "no hay ninguna diferencia entre tentativa idónea e inidónea: más aún, toda tentativa que no se extiende a la consumación, vista desde su conclusión *(ex-post)* es inidónea, de la misma manera que desde la perspectiva de quien la emprendió (subjetivamente *ex-ante*) es idónea"[22].

938. — El punto de vista aquí sostenido tiene una clara justificación *político-criminal*. En primer lugar, porque toda tentativa implica un error del autor sobre la idoneidad de su acción (*ex-post* considerada). Desde este punto de vista, no existe diferencia alguna entre la acción del campeón de tiro que, ignorando que *otro descargó el arma* con el que dispara para matar a otro, realiza una acción peligrosa, y la del pésimo tirador que, con un revólver cargado y gran nerviosi-

21 Fiandaca - Musco, *Diritto Penale. Parte generale*, 1990, p. 233.
22 Jakobs, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 2ª ed., p. 720.

dad, apuntando mal quiere matar a otro que está a considerable distancia de él. Es evidente que tanto da que el arma esté descargada o que con el arma cargada no se apunte correctamente. En ambos casos el autor ha tenido un plan que, objetivamente considerado, es racionalmente apto para causar el resultado, pues intentar matar con un arma tiene la posibilidad racional de causar el resultado y expresa, por lo tanto, la negación de la norma que fundamenta la punibilidad de la tentativa.

939. — En segundo lugar, es preciso tener en cuenta que las expresiones "*peligro inherente al intento*" del art. 62 del Cód. Penal no pueden perjudicar en modo alguno la interpretación realizada. En efecto, *ex-post* toda tentativa no es peligrosa, es decir, no es *causalmente* peligrosa, pues la acción no hubiera podido producir el resultado; por lo tanto, el *único sentido razonable* que cabe darles es el del peligro inherente al intento *ex-ante*, desde la perspectiva del autor (pues, desde la perspectiva *ex-ante* de un tercero que supiera lo que el autor no sabe, la tentativa *tampoco* sería peligrosa). Se trata, por lo tanto, de la peligrosidad supuesta por el autor: *los casos de tentativa son supuestos de error de tipo al revés, dado que el autor supone una idoneidad que no se da.*

940. — En tercer lugar, el criterio aquí propuesto tiene una *base criminológica* adecuada, ya que *no permite confundir* las tentativas "inidóneas" con las "irreales" o "supersticiosas"[23]. Es claro que el autor de una tentativa irreal o supersticiosa *sabe* qué medios utiliza (ruegos, sustancias a las que asigna poderes sobrenaturales, etcétera), pero cree que tienen una capacidad causal que carece de todo fundamento en el contexto cultural en el que tiene lugar la acción (es decir: el autor es un *torpe*). En la tentativa *inidónea* el autor *supone* que realiza una acción idónea con medios aptos (por ejemplo, veneno) o sobre un objeto realmente protegido (una persona viviente), pero por su falta de cuidado emplea otros que frustran su plan (por ejemplo, azúcar) o dirige su acción sobre un objeto no protegido (por ejem-

[23] Así, sin embargo, Cobo del Rosal - Vives Antón, *Derecho penal. Parte general*, p. 656; más claramente aun: Mª Rosa Moreno-Torres Herrera, *La tentativa punible; su delimitación frente al delito irreal*, tesis doctoral, Granada, 1996.

plo, una persona que ya ha muerto) —es decir: no es un torpe, sino un *descuidado*—. En suma: No se debe tratar de la misma manera al autor torpe, que cree en medios que nunca producirían racionalmente el resultado, y al autor que no consumó el delito sólo por descuido, pero que lo hubiera hecho prestando más atención. El primero está muy cerca de ser un delincuente sólo con el pensamiento *(cogitationem poena nemo patitur)*. La teoría subjetiva tradicional había señalado ya estas diferencias distinguiendo entre errores *nomológicos* (errores sobre las leyes del suceso), que darían lugar a tentativas irreales (impunes) y errores *ontológicos* (de percepción), que sólo conducirían a una tentativa inidónea (punible)[24]. Sin embargo, con razón ha criticado Jakobs la distinción entre errores nomológicos y ontológicos, dado que los límites entre unos y otros errores son absolutamente imprecisos[25]. En efecto, un error referente a la existencia de la víctima es tanto un error de percepción (ontológico), dado que ésta no está en el lugar, como un error sobre las leyes del suceso (nomológico), ya que según éstas es imposible matar en un lugar determinado a quien no se encuentra en el mismo.

941. — Por último es necesario subrayar que estas consideraciones permiten superar definitivamente la supuesta distinción entre tentativas *absolutamente inidóneas* y *relativamente inidóneas*, que ha sido desde antiguo rechazada en la doctrina por ser *prácticamente irrealizable*. Se trata de la misma cuestión que la referente a los errores nomológicos y ontológicos: tampoco aquí es posible una distinción precisa entre ambas formas de inidoneidad de la tentativa. Jiménez de Asúa es categórico en el rechazo de esta distinción cuando dice: "En suma, esta fórmula de la inidoneidad absoluta, que acarreaba la impunidad, y de la inidoneidad relativa, que se consideraba punible, es la que se llama '*antigua* teoría objetiva' por Mezger y por Welzel y que, como se ha dicho, considérase hoy derrumbada"[26].

[24] Cfr. por todos Frank, *Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich*, 17ª ed., 1926, p. 89 y ss.; un cierto paralelo ha propuesto Struensee, en "ZStW" 102 (1990), ps. 21 y ss. y 31 y siguientes.

[25] Jakobs, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, p. 720, nota 56.

[26] Jiménez de Asúa, *Tratado de derecho penal*, t. VII, 1970, p. 696; en el mismo sentido en la dogmática alemana Nagler - Jagusch, *Leipziger Kommentar*, 7ª ed., 1954, p. 191.

El famoso ejemplo del carterista que introduce la mano en un bolsillo vacío es una demostración de la no practicabilidad de la delimitación de ambas formas de tentativas inidóneas. Es evidente que la acción no hubiera podido conducir en forma alguna a la consumación: sin embargo, hay quienes sostienen que si la víctima del hurto carecía completamente de dinero la tentativa era absolutamente inidónea, mientras que la inidoneidad sólo sería relativa si el dinero estaba en otro bolsillo.

c — Tentativa y delito putativo

942. — La tentativa se debe diferenciar del *delito putativo*. La doctrina dominante considera que la *tentativa* es un *error de tipo al revés* (el autor supone erróneamente la existencia de un elemento del tipo que no se da), mientras el *delito putativo* es considerado un *error de prohibición al revés* (el autor supone que su conducta está prohibida por una norma que, en realidad, no existe). Un delito putativo existirá también en los casos de *error de subsunción al revés*; a pesar de que en estos casos el autor tiene un error al revés sobre un elemento normativo, cuando supone que un hecho que comprende correctamente constituye un elemento normativo, en realidad, supone erróneamente la antijuridicidad. Por ejemplo: el autor supone que un escrito que no puede ser atribuido a ninguna persona tiene el carácter de documento; su error conduce a suponer que una norma prohíbe la alteración de tal escrito, cuando ésta, en verdad, no existe[27].

— § 68 —

LOS ELEMENTOS DE LA TENTATIVA

943. — La tentativa se caracteriza por la falta de algún elemento del tipo objetivo; por lo tanto, en ella el tipo subjetivo —dolo, elementos subjetivos, etcétera— permanece idéntico a la consumación. La distinción entre el delito consumado y la tentativa reside, pues, en

[27] Jakobs, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, p. 721, con diversas distinciones.

que en esta última el tipo objetivo no está completo, a pesar de estarlo el tipo subjetivo[28].

En consecuencia, son elementos del tipo de la tentativa: el dolo del autor (y los demás elementos del tipo subjetivo) y el comienzo de ejecución de la acción típica (tipo objetivo). Por razones exclusivamente prácticas la exposición comienza por el tipo subjetivo.

a — El dolo y los elementos requeridos por el tipo subjetivo en la tentativa (tipo subjetivo del delito tentado)

944. — Solamente existe tentativa del delito doloso[29]. En España se ha tendido a excluir la punibilidad de la tentativa "culposa" sosteniéndose que, según el antiguo art. 565, se requería para la pena la producción del resultado típico, es decir, la consumación[30].

Si para la consumación es suficiente con el dolo eventual, también lo será para la tentativa[31].

b — El comienzo de ejecución

945. — Aclarado el fundamento de la punibilidad de la tentativa y la cuestión de la tentativa inidónea, es preciso abordar la de la distinción entre actos *preparatorios* y de *ejecución*. Dicho en otros términos: la determinación del momento en el que comienza la tentativa punible, dado que la preparación del delito no es punible, mientras la ejecución, desde su comienzo, lo es.

[28] Baumann, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, p. 511 y ss.; Jescheck, *Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil*, nº 660 y siguientes.

[29] Stratenwerth, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, nº 661; Rudolphi, en *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, § 22, nº 1; Maurach - Gössel - Zipf, *Deutsches Strafrecht*, t. II, p. 22; Jescheck, *Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil*, p. 417; otro punto de vista Schmidhäuser, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, p. 620.

[30] Rodríguez Mourullo, en Córdoba Roda - Rodríguez Mourullo, *Comentarios al Código Penal*, t. I, p. 148 y siguientes.

[31] Rodríguez Mourullo, en Córdoba Roda - Rodríguez Mourullo, *Comentarios al Código Penal*, t. I, ps. 95 y 125.

946. — La doctrina tradicional ha recurrido a criterios que permiten fijar el comienzo de ejecución desde una perspectiva objetiva, desde una subjetiva o recurriendo a criterios mixtos. En todo caso siempre se ha reconocido que "no es fácil encontrar una fórmula de validez general para la delimitación de ambos grupos de acciones"[32], llegando inclusive a afirmarse que una segura delimitación "probablemente no es siquiera posible"[33]. Entre nosotros también existe el mismo escepticismo[34]. En la dogmática española este último ha sido el punto de vista defendido por Jiménez de Asúa[35]. En la búsqueda de una solución, se ha propuesto recurrir a una *determinada cercanía de los actos* con la acción ejecutiva del delito al peligro corrido por el bien jurídico (puntos de vista objetivos) o bien se ha intentado apoyar la decisión en el propio juicio del autor (puntos de vista subjetivos basados en el plan del autor).

947. — Ejemplo claro de la primera dirección es la conocida fórmula de Frank, según la cual el comienzo de ejecución es de apreciar cuando los "actos, dada su necesaria pertenencia a la acción típica, aparecen como parte de ella según una concepción natural"[36]. En España Rodríguez Mourullo[37] recomienda la adopción de esta fórmula junto al "criterio del peligro directo". Desde un punto de vista subjetivo se sostiene que se da un acto de ejecución cuando el autor toma la decisión definitiva de cometer el delito y desde el punto de vista objetivo *o subjetivo* pone al bien jurídico en peligro[38].

948. — La improbabilidad de lograr una fórmula general ha conducido en las tendencias más modernas a la elaboración de un *catálogo de criterios orientadores de la decisión*[39]. En este sentido propo-

[32] Mezger, *Strafrecht, ein Lehrbuch*, 3ª ed., 1949, p. 383.

[33] Frank, *Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich*, p. 85.

[34] Rodríguez Mourullo en Córdoba Roda - Rodríguez Mourullo, *Comentarios al Código Penal*, t. I, 1972, p. 116.

[35] Jiménez de Asúa, *Tratado de derecho penal*, t. VII, p. 551 y siguientes.

[36] Frank, *Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich*, p. 86.

[37] Rodríguez Mourullo, en Córdoba Roda - Rodríguez Mourullo, *Comentarios al Código Penal*, t. I, p. 117.

[38] Dreher - Tröndle, *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*, 44ª ed., 1988, § 22, 11; Otto, *Grundkurs Strafrecht, Allgemeine Strafrechtslehre*, 3ª ed., 1988, p. 266.

[39] Jakobs, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, p. 729 y siguientes.

ne Jakobs distinguir entre *criterios obligatorios (negativos)* y *criterios variables (positivos)*.

A los primeros, *(criterios negativos)*, pertenecen los siguientes:

a) No será de apreciar comienzo de ejecución cuando la situación, según la representación del autor, no sea *cercana a la consumación*. Sin embargo, es preciso tener en cuenta que, aunque la ley diga que los actos ejecutivos deben dar comienzo *directamente* a la ejecución, ello no puede entenderse de una manera literal, como "ausencia de toda fase intermedia"[40]. En efecto, el autor que conecta un explosivo que debe ser operado por un tercero inocente (casos de autoría mediata), da sin duda comienzo a la ejecución, pues su acción es cercana a la consumación, aunque no lo sea desde un punto de vista temporal o espacial.

b) Los *comportamientos socialmente habituales* para el ejercicio de un derecho o considerados un uso social habitual *no* constituyen comienzo de ejecución. Por tal motivo se deben excluir, en principio, del ámbito de la punibilidad acciones como dirigirse al lugar del hecho, ingresar en un lugar público, etcétera.

Los *criterios de decisión variables* se concretan de la siguiente manera:

a) Se requiere, en principio, una cierta *cercanía temporal* con la acción típica misma, en el sentido de la fórmula de *Frank*.

b) El comienzo de ejecución se debe admitir cuando el autor se introduce en la *esfera de protección de la víctima* o actúa sobre el *objeto de protección* (por ejemplo, se introduce en la casa donde va a robar o tiene en sus manos el documento que ha decidido falsificar en ese momento).

949. — La jurisprudencia del Tribunal Supremo en esta materia tiende a operar con un catálogo de criterios semejante al que se acaba de exponer[41]. Sin embargo, en la jurisprudencia más antigua se

[40] Así, Mir Puig, *Derecho penal. Parte general*, p. 340.

[41] En el mismo sentido Rodríguez Mourullo, en Córdoba Roda - Rodríguez Mourullo, *Comentarios al Código Penal*, t. I, 1972, p. 117 y ss., con un estudio completo de la jurisprudencia.

encuentran sentencias que estiman el comienzo de ejecución cuando se realizan actos que inmediatamente, según el plan del autor, desembocarán en la realización de la acción típica[42]. Con razón estiman Rodríguez Mourullo y Cerezo Mir[43] que resoluciones de esta índole entrañan un quebranto del principio de legalidad. Un criterio tan genérico, que no tiene en cuenta la cercanía del acto con la consumación en la representación del autor, ni una cierta cercanía temporal, etcétera, extiende el comienzo de ejecución exageradamente.

950. — La jurisprudencia más reciente[44] tiende a exigir una mayor cercanía entre la acción realizada y la consumación, de la misma manera que ya lo habían hecho otras sentencias (por ejemplo, la del 3/12/47, aunque sobre la base de la no punibilidad de la conspiración en el Código Penal de 1932).

— § 69 —

EL DESISTIMIENTO DEL DELITO INTENTADO

951. — Como se dijo, el art. 16.2 del Cód. Penal regula el desistimiento. El texto del anterior Código (art. 3°) era poco claro al respecto, pues, aunque la teoría y la jurisprudencia no lo entendieron así, cabía entender que el desistimiento sólo excluía la punibilidad de la tentativa, pero no la del delito frustrado[45]. Por otra parte, la no punibilidad sólo se podía deducir *a contrario sensu* del art. 3.3 del Cód. Penal, dado que no aparecía expresa en la ley. El nuevo texto contiene, en este sentido, una disposición necesaria y acertada.

952. — Sobre el *fundamento* de una disposición como ésta no existe unidad.

42 Cfr. *SSTS* del 23/4/1896; 11/12/47; 7/5/1897; 13/7/1886; 3/5/1897.

43 Cerezo Mir, *Lo objetivo y lo subjetivo en la tentativa*, 1964, p. 22 y siguientes.

44 Ver principalmente las *SSTS* del 24/1/80 y 25/10/89, aunque en un *obiter dictum*.

45 Así, Rodríguez Mourullo, en Córdoba Roda - Rodríguez Mourullo, *Comentarios al Código Penal*, t. I, 1972, p. 126.

La más antigua de las fundamentaciones es la denominada *teoría de la política criminal*, llamada también teoría del premio, que propugnó Feuerbach. Según esta posición la ley ha querido crear un motivo para que, en vista de la exención de la pena, el autor desista de su hecho. Muchos autores han seguido esta posición recordando la frase de von Liszt de que la ley otorgaba "un puente de oro" al delincuente que se retiraba de la comisión del delito.

Sin embargo, la teoría ha sido criticada con razón ya por M.E. Mayer, dado que, en la medida en que la mayoría de los autores no tiene conocimiento de este "puente de oro", mal puede constituirse en motivo de desistimiento[46].

953. — Más modernamente, se ha entendido que se trata de un caso de eliminación de la pena fundado en la circunstancia de que el autor, con su desistimiento, ha demostrado que su voluntad criminal no era suficientemente fuerte o intensa, por lo que, tanto desde un punto de vista preventivo-especial como preventivo-general, la pena aparece como innecesaria[47].

954. — La *teoría de la culpabilidad insignificante*[48] entiende que el fundamento reside precisamente en la reducción de la culpabilidad hasta lo insignificante, pues se apoya en una compensación basada en un *actus contrarius*.

955. — La más correcta justificación parece ser la que proponen Stratenwerth[49], Jakobs[50] y otros autores que afirman la coincidencia de varios fundamentos. En principio, hay razones de política criminal que tienden en lo posible a facilitar y estimular un desisti-

[46] Mayer, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, p. 370, nota 7; también en contra: Jescheck, *Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil*, p. 438; Stratenwerth, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, nº 705; Welzel; *Das Deutsche Strafrecht*, p. 196. La teoría fue sostenida por Hippel, *Das Verbrechen. Allgemeine Lehren*, t. II, p. 411; Kohlrausch - Lange, *Strafgesetzbuch mit Erläuterungen und Nebengesetzen*, 43ª ed., 1961, § 46, nº 1; Mezger, *Strafrecht, ein Lehrbuch*, p. 403; Liszt - Schmidt, *Lehrbuch des Strafrechts*, p. 315.

[47] Jescheck, *Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil*, p. 438.

[48] Welzel, *Das Deutsche Strafrecht*, p. 196.

[49] Stratenwerth, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, nº 706.

[50] Jakobs, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 2ª ed., 1991, p. 742 y siguientes.

miento. Pero también se debe considerar que el autor resulta menos culpable en la consideración global del hecho como consecuencia de una cierta compensación sobre un disvalor inicial del acto y un acto posterior positivo.

956. — Con el argumento de que los actos cumplidos y que constituyen delito son punibles, lo que presupone que son típicos, sostiene Latagliata[51] que la única explicación admisible es que el delito desistido ha dejado de ser típico.

Ciertamente que no realiza el tipo de la tentativa, pero el comienzo de ejecución del delito en cuestión permanece inalterado y es típicamente un comienzo de ejecución. La no punibilidad no depende exclusivamente de la falta de adecuación típica, pues puede provenir de otras circunstancias que dejan inalterada la tipicidad (justificación). En otras palabras: que una conducta no sea punible no permite afirmar que lo que falta es la adecuación típica, pues ésta no es el único presupuesto de la punibilidad. En la solución de Latagliata subyace una confusión del tipo de la tentativa (como presupuesto para la punibilidad de la tentativa) y la adecuación típica del comienzo de ejecución[52].

957. — El nuevo derecho deja claro que quien haya dado comienzo a la ejecución de un delito, según el art. 16.2 del Cód. Penal, quedará exento de pena si *desiste* de la ejecución o *impide* la producción del resultado. La ley distingue, por lo tanto, dos supuestos que tienen diversas configuraciones: el *desistimiento*, que consiste en el simple abandono de la acción cuyo comienzo de ejecución ya tuvo lugar y el *arrepentimiento activo*[53], caracterizado porque el autor, que realizó todo lo que debía, según su plan, para la producción del resultado, impide activamente que el mismo tenga lugar.

51 Latagliata, *La desistenza volontaria*, 1964, ps. 202 a 208.

52 La crítica vale también para Rodríguez Mourullo, en Córdoba Roda - Rodríguez Mourullo, *Comentarios al Código Penal*, t. I, p. 224, y Mir Puig, *Derecho penal. Parte general*, p. 350, que entienden que el texto legal impone esta solución.

53 Según la terminología de Jiménez de Asúa, *Tratado de derecho penal*, p. 846 y siguientes.

—§ 70—

LA DISTINCION ENTRE TENTATIVA ACABADA E INACABADA

958. — La doctrina entiende de manera prácticamente unánime que el *desistimiento* sólo tiene eficacia en la *tentativa inacabada* (tentativa en el sentido del art. 3° del Cód. Penal derogado), mientras que el *arrepentimiento* es una condición ineludible de la no punibilidad en los supuestos de *tentativa acabada* (delito frustrado en el sentido del mismo art. 3° del Cód. Penal derogado)[54]. La aplicación de una u otra regla presupone, por lo tanto, la *distinción entre tentativa acabada e inacabada*.

959. — A tales fines la doctrina mayoritaria señala con razón que *sólo* es posible recurrir a *criterios subjetivos*[55].

Desde este punto de vista *la tentativa será inacabada* cuando el autor no ha ejecutado todavía todo lo que, *según su plan,* es necesario para la producción del resultado y desde un punto de vista objetivo no existe peligro de que ésta tenga lugar[56].

La *tentativa, por el contrario, será acabada* cuando el autor durante la ejecución, al menos con dolo eventual, puede juzgar que la consecución ya puede producirse sin necesidad de otra actividad de su parte.

960. — Especiales dificultades generan los casos en los que el autor en el momento de interrumpir la ejecución conoce la posibilidad de continuar su acción y sin embargo no lo hace. Por ejemplo: el autor piensa matar a la víctima con el primer disparo; sin embargo, no lo logra y a pesar de tener más balas en el revólver no continúa la ac-

[54] Jiménez de Asúa, *Tratado de derecho penal*, p. 847; Bacigalupo, *Principios de derecho penal*, p. 203 y ss.; Mir Puig, *Derecho penal. Parte general*, p. 353; Cobo del Rosal - Vives Antón, *Derecho penal. Parte general*, p. 658; Octavio de Toledo - Huerta Tocildo, *Derecho penal. Parte general*, 2ª ed., 1986, p. 455 y ss.; otro punto de vista: Muñoz Conde - García Arán, *Derecho penal. Parte general*, p. 378 y siguientes.

[55] Jescheck - Waigel, *Lehrbuch des Strafrechts*, 5ª ed., 1996, p. 541; Jakobs, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, p. 747 y ss.; Otto, *Grundkurs Strafrecht. Allgemeine Strafrechslehere*, t. I, p. 289; Rudolphi, en *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 6ª ed., 1995, § 24, 15 y siguientes.

[56] Jakobs, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, p. 747.

ción. Una parte —cada vez menor— de la doctrina propone la *teoría de la consideración total*, de acuerdo con la cual en estos casos se debe admitir una tentativa inacabada siempre que los actos realizados y los que el autor ha dejado de ejecutar constituyan un *suceso vital unitario*[57]. Esta doctrina ha sido fuertemente criticada por favorecer de una manera exagerada la eficacia del simple desistimiento. Por esta razón se le opone la *teoría de la consideración individualizada*[58] que toma en cuenta si el autor ha considerado los actos realizados como adecuados para la producción del resultado o no. Si el autor realiza el acto juzgándolo adecuado de *por sí* para consumar el delito, la tentativa será *acabada.* En el ejemplo propuesto, si el autor ha disparado a una zona vital del cuerpo, la tentativa *se reputará acabada,* aunque disponga todavía de más balas en la recámara de su arma. Por el contrario, la tentativa será *inacabada,* si el disparo se dirigió a zonas no vitales, como parte de un plan para matar a la víctima luego de impedir su huida.

—§ 71—

REQUISITOS DEL DESISTIMIENTO SEGUN EL GRADO DE REALIZACION DE LA TENTATIVA

961. — Los *requisitos del desistimiento*, como se dijo, varían en la tentativa acabada y en la inacabada.

a — Requisitos del desistimiento en la tentativa inacabada

962. — Si el autor no ha llevado todavía a cabo todos los hechos de los que depende, según su plan, la producción del resultado, sólo se precisan tres requisitos:

[57] Así el TS alemán, *BGHSt* 21, p. 322; 34, 57; Dreher - Tröndle, *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*, § 24.4; Jescheck - Waigel, *Lehrbuch des Strafrechts*, p. 542; Rudolphi, en *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, § 24, 15ª.

[58] Jakobs, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, p. 748 y ss.; Eser, en Schönke - Schröder, *Strafgesetzbuch, Kommentar*, 24ª ed., § 24, 20.

a) *Omitir continuar* las acciones tendentes a la consumación.

b) *Voluntariedad.* En general, se acepta que ésta puede ser comprobada en base a la fórmula de Frank[59]: "no quiero, aunque puedo" (voluntario); "no puedo, aunque querría" (no voluntario). En principio, el desistimiento es voluntario en la medida en la que provenga de la propia decisión del autor y no de circunstancias exteriores. De cualquier modo, no se requiere un determinado valor ético altruista del motivo del autor.
Faltará, por lo tanto, la voluntariedad cuando objetivamente el autor no tenga posibilidad de consumar el hecho porque las circunstancias se lo impiden, pues en este caso no se trata de la decisión de su voluntad, o cuando la consumación "ha perdido su sentido ante los ojos del autor": por ejemplo, el importe hallado en la caja es insignificante.
El desistimiento voluntario es posible también en la tentativa inidónea en tanto el autor no conozca la inidoneidad.

c) *Carácter definitivo.* Para un sector de la teoría la renuncia es ya definitiva cuando el autor desiste de continuar con la ejecución concreta iniciada, aunque piense proseguir en otro momento[60]. Sin embargo, estos casos sólo permiten hablar de una *postergación sin renuncia.* Otro sector doctrinal por ello requiere una renuncia completa a la ejecución, sin reservarse la continuación[61].

b — Requisitos del desistimiento en la tentativa acabada

963. — En la tentativa acabada, o sea, cuando el autor ha realizado todos los actos que según su plan deben producir la consumación, el desistimiento exige un requisito más: que el autor impida por los medios a su alcance la producción del resultado. Dado el supuesto de

[59] Frank, *Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich*, § 46, nº 11.

[60] Schmidhäuser, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, p. 631; Otto, *Grundkurs Strafrecht. Allgemeine Strafrechslehere*, t. I, p. 240.

[61] Jescheck, *Lehrbuch des Strafrechts*, p. 439; Stratenwerth, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, nº 714.

hecho de la tentativa acabada, no cabe otra posibilidad para la materialización del desistimiento que impedir la producción del resultado: el requisito proviene así de la propia materia regulada.

964. — También este desistimiento tiene que ser voluntario. En este sentido rigen las normas generales para la tentativa inacabada. De esta exigencia —contenida en la ley— surge una limitación evidente: sólo puede haber desistimiento voluntario hasta que el hecho sea descubierto; a partir de ese momento no puede haber voluntariedad en el desistimiento. Sin embargo, la voluntariedad sólo quedará excluida por el conocimiento que el autor tenga del descubrimiento del hecho. Paralelamente, si el autor supone haber sido descubierto, el desistimiento no será voluntario. Por el contrario, el que no se sabe descubierto puede aún desistir voluntariamente[62]. Se ha exigido (aun sin hacer una distinción entre tentativa acabada e inacabada) que el autor, además, haya impedido el resultado[63].

— § 72 —

TENTATIVA FRACASADA

965. — En la teoría se diferencia de la tentativa acabada y la inacabada la llamada *tentativa fracasada*[64]. La tentativa se considera fracasada *cuando el autor piensa que el objetivo de su acción ya no se puede alcanzar con los medios que tiene a su disposición*. En tales casos *el desistimiento pierde toda su eficacia*. Dicho de otra manera: "el desistimiento de la tentativa presupone que el autor piense que la consumación es todavía posible[65]. Esta consecuencia se deriva de la

[62] Más restrictivo, Jescheck, *Lehrbuch des Strafrecht*, p. 442.

[63] Jiménez de Asúa, *Tratado de derecho penal*, t. VII, nº 2280; Jescheck, *Lehrbuch des Strafrecht*, p. 441; Stratenwerth, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, nº 724.

[64] Schmidhäuser, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 2ª ed., 1975, p. 627 y ss.; Jakobs, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, p. 753 y ss.; Otto, *Grundkurs Strafrecht. Allgemeine Strafrechslehere*, t. I, ps. 289 y ss. y 293; Rudolphi, en *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, § 24,30; Jescheck - Waigel, *Lehrbuch des Strafrecht*, p. 542 y siguientes.

[65] Jescheck - Waigend, *Lehrbuch des Strafrecht*; en el mismo sentido: Jakobs, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*.

exigencia de voluntariedad del desistimiento, que sólo es de apreciar cuando el autor piensa que es posible continuar o impedir la consumación. En esta medida rigen aquí las mismas razones que explican el desistimiento en la tentativa inidónea.

— § 73 —

TENTATIVA DE AUTOR INIDONEO

966. — Un caso especial de tentativa inidónea es el caso del *autor inidóneo*, que se plantea cuando un sujeto sin la calificación jurídica que condiciona legalmente su calidad de autor da comienzo a la acción típica (por ejemplo, el del sujeto que, en la creencia de ser funcionario, acepta una dádiva sin ser en realidad funcionario —art. 419, Cód. Penal—).

967. — La decisión de la cuestión es muy discutida. Parte de los autores se inclinan por no admitir aquí tentativa sino sólo un delito putativo, por lo tanto, impune[66]. El argumento con que se sostiene esta posición es: la calidad de autor en los delitos especiales determina la existencia de un deber especial que incumbe al sujeto. La suposición de un deber es, en realidad, la suposición de una antijuridicidad que no existe y, por lo tanto, es la suposición de un delito que no existe. Este supuesto, en consecuencia, es el de un *delito putativo*. Jiménez de Asúa llega a la misma solución de la impunidad mediante la teoría de la carencia de tipo[67].

968. — La posición contraria ve en estos supuestos tentativas inidóneas punibles[68]. El argumento, en este caso, es el siguiente: el de-

[66] Welzel, *Das Deutsche Strafrecht*, p. 194; Kaufmann, Armin, *Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte*, p. 306; Stratenwerth, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, nº 690; Bacigalupo, *Delitos impropios de omisión*, 2ª ed., 1983, p. 105; Romero, en *Homenaje a Jiménez de Asúa*, 1970, p. 233 y siguientes.

[67] Jiménez de Asúa, *Tratado de derecho penal*, t. VII, nº 2248.

[68] Bruns, *Der untaugliche Täter im Strafrecht*, 1955; Maurach - Gössel - Zipf, *Deutsches Strafrecht*, p. 33; Jescheck, *Lehrbuch des Strafrecht*, p. 433 y ss.; Rudolphi, en *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, § 22, 26 y siguientes.

ber especial que se funda en la calidad de autor en los delitos especiales es un auténtico elemento del tipo. Luego se da aquí el comienzo de ejecución de una acción, suponiendo que existe un elemento del tipo que falta en la realidad, lo que debe considerarse igual que si se supusiera cualquier otro elemento del tipo: *tentativa inidónea punible*. Para estos autores, por lo general, no debe distinguirse entre los elementos del tipo y los de la antijuridicidad.

969. — Existe una posición intermedia que distingue entre el error sobre la existencia de un deber y el caso del error sobre las circunstancias que fundamentan el deber concreto. Por ejemplo: el autor presupone que, en su posición de empleado de limpieza, le alcanza el deber que compete a los funcionarios de no aceptar dádivas, por oposición al que erróneamente cree que se dan las circunstancias fácticas que determinan su calidad de testigo (que declara sobre hechos que fundamentan responsabilidad ajena y lo hace ante autoridad competente) y en virtud de esto cree que lesiona el deber de decir verdad. Sólo el primer caso sería un delito putativo impune. En el segundo habría una tentativa inidónea[69].

970. — *El deber que incumbe al autor no es elemento del tipo* sino elemento de la antijuridicidad; por tanto, su suposición errónea da lugar a un delito putativo, sin que se deba distinguir entre error sobre las circunstancias que fundamentan el deber y error sobre el deber mismo. En ambos casos la tentativa no será punible. El Código Penal austriaco adopta expresamente este punto de vista (§ 15,3).

[69] Así Jescheck, *Lehrbuch des Strafrecht*, p. 433; Rudolphi, en *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, § 22, 28.

Capítulo XI

La extensión de la tipicidad a la participación en el delito

—§ 74—

INTRODUCCION: DIFERENCIACION DE LAS FORMAS DE PARTICIPACION O CONCEPTO UNITARIO DE AUTOR; CONCEPTO EXTENSIVO Y CONCEPTO RESTRICTIVO DE AUTOR[1]

971. — Normalmente los tipos contenidos en el derecho penal se refieren a la realización del hecho punible por una única persona. Sin embargo, cada tipo de la Parte Especial aparece complementado por las prescripciones contenidas en la Parte General, que extienden la pena a casos en que el hecho es obra de más de una persona. De allí surgen los problemas de diferenciación, que sólo se presentan en la medida en que varios concurren al mismo hecho; pues, donde alguien ha realizado por sí solo la acción típica, no hay problema alguno en distinguir entre quien ha cumplido el papel protagonista y aquel que sólo ha tenido una función secundaria.

972. — Todas las cuestiones que se estudian aquí, en la medida en que se refieren a la participación de más de una persona en uno o más hechos punibles, pueden ser consideradas como formando parte del concepto amplio y general de participación, pues tanto participan o toman parte en el hecho los que son autores como los que ayudan a éstos[2]; Maurach recalcó que el nuevo Código Penal alemán, en sus §§ 28,2 y 31, hace referencia a un "concepto superior" que alcanza la au-

[1] Bacigalupo, en "Chengchi Law Review", 50 (1994), p. 397 y siguientes.
[2] Bacigalupo, *La noción de autor en el Código Penal*, 1965, p. 25.

toría, la participación y las demás formas de efecto conjunto sobre un hecho punible, a saber, el tomar parte[3]. Dentro de la participación en general es preciso, sin embargo, distinguir entre los autores y los partícipes en sentido estricto (cómplices e inductores).

973. — La teoría de la autoría y la participación tiene la finalidad de diferenciar en el nivel de la tipicidad diversas formas de participación de más de una persona en un hecho punible. Estas formas determinan, o pueden determinar, también diversas consecuencias jurídicas, dado que algunas son más punibles que otras. Es obvio que esta teoría presupone la necesidad dogmática de tal distinción y, por lo tanto, depende, en principio, de la configuración del derecho positivo. Si el derecho positivo unifica todas las formas de participación la delimitación de partícipes principales y partícipes secundarios, es decir entre autores y simples partícipes (inductores y cómplices), será prescindible. Este es el caso en el derecho penal de Noruega (art. 58, Cód. Penal noruego)[4], que en ciertos delitos (por ejemplo, contra la vida) equipara a los autores y los partícipes en el derecho penal italiano (art. 23.1, Cód. Penal italiano)[5], en el austriaco (§ 12, Cód. Penal austriaco) y probablemente en el derecho penal francés (art. 121, IV y VII, Cód. Penal francés de 1992)[6].

974. — En el derecho vigente, el art. 28 del Cód. Penal es poco claro, dado que "considera" autores a los inductores y a los partícipes necesarios. Sin embargo, hay tres razones para sostener un criterio diferenciador en el derecho vigente. En primer lugar, es evidente que cuando la ley dice "se consideran autores", gramaticalmente dice también que *no son* autores. Por lo tanto, son considerados autores *a los efectos de la punibilidad*. En segundo lugar, el propio texto legal distingue los cooperadores necesarios y los inductores de los autores

[3] Maurach, *Deutsches Strafrecht, Allgemeiner Teil*, p. 619.

[4] Getz, *De la soi-disant participation au crime*, 1876, en *Mitterlungen der IKV*, t. V, p. 384 y siguientes.

[5] Bettiol, *Diritto penale*, 11ª ed., 1982, p. 584 y ss.; Fiandaca - Musco, *Diritto penale. Parte generale*, 1990, p. 259 y ss.; Mantovani, *Diritto penale*, 1979, p. 464 y siguientes.

[6] Jacques - Henri, *Droit pénal général*, 2ª ed., 1992, p. 363; Michéle - Laure Rassat, *Droit pénal*, 1987, p. 426.

y de los simples cómplices (art. 29, Cód. Penal). Por último, el art. 65 distingue a los partícipes, a los efectos de aplicación de agravante y atenuante, entre los que tienen carácter individual (sólo se aplican a aquel en el que concurren) y general (comunicables a todos los partícipes). Precisamente el art. 65 del Cód. Penal viene a establecer una regla que es característica de los sistemas diferenciadores[7], dado que los unitarios consideran que las circunstancias se comunican a todos los partícipes en todos los casos[8].

975. — Una vez que se ha comprobado que el legislador se ha decidido por un sistema diferenciador de las formas de participación, es preciso aclarar cuál es la naturaleza dogmática de las normas que imponen el tratamiento diferenciado de las mismas. La evolución de las soluciones dogmáticas en relación a esta cuestión demuestra que durante mucho tiempo se ha considerado esencial que el contenido normativo de las disposiciones legales sobre las formas de participación se corresponda con las estructuras reales del objeto regulado por la norma, pero que, al mismo tiempo, se ha entendido que ello no ocurría en el caso del derecho vigente en materia de autoría y participación. Esto explica por qué razón la teoría de la participación no ha logrado despejar las dudas básicas sobre la posibilidad dogmática de una delimitación entre autoría y participación. Dicho con otras palabras: la dogmática de las formas de participación se ha desarrollado sin convicción respecto de una diferenciación plausible de las mismas. En este sentido, se deben recordar las palabras de von Liszt reiteradas durante más de medio siglo en diversas ediciones de su tratado[9]: "Si pudiéramos desarrollar consecuentemente el único principio teóricamente correcto, según el cual todo el que ha puesto una condición para la producción del resultado en forma culpable debe

[7] Cfr. p. ej. § 28 del Cód. Penal alemán.

[8] Cfr. art. 117 del Cód. Penal italiano.

[9] Liszt, *Deutsches Reichsstrafrecht*, 1881, p. 146 y ss.; Liszt - Schmidt, *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*, 26ª ed., 1932, p. 320; semejante también Allfeld, *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, Allgemeiner Teil*, 9ª ed., 1934, p. 206, nº 5, así como en Meyer - Allfeld, *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, Allgemeiner Teil*, 7ª ed., 1912, p. 226, nº 5; ver además Hippel, *Deutsches Strafrecht*, 2ª ed., 1930, p. 439 y ss.; M.E. Mayer, *Der Causalzusalmmenhang zwischen Handlung und Erfolg im Strafrecht*, 1899, p. 108 y siguientes.

ser responsable de éste como causante del mismo, entonces autoría y causación serían conceptos idénticos, la teoría de la participación no tendría lugar, o sólo tendría una posición subordinada, en el sistema del derecho penal. Pero el derecho positivo (...) ha quebrado este principio con una excepción muy importante". Las dudas no se disiparon con el abandono de concepción estrictamente naturalista de la autoría cuando el concepto puramente causal fue reemplazado por la idea de la acción que lesione un bien jurídico típicamente protegido[10].

976. — Por lo tanto, no debe sorprender que, partiendo de posiciones escépticas sobre la posibilidad de la diferenciación de la dogmática apoyada en la oposición sobre contenido normativo y estructura de la realidad se haya desembocado en el llamado *concepto extensivo de autor*, cuya principal función fue justificar la llamada autoría mediata. De acuerdo con este concepto, tanto desde la perspectiva de la causación del resultado como desde el punto de vista de la lesión del bien jurídico, toda aportación será básicamente equivalente y, por lo tanto, fundamentadora de autoría. Sólo por así imponerlo el derecho positivo (arts. 28, 29, 63 y 65, Cód. Penal) se deben reconocer —se afirma— la existencia *"causas limitadoras de la punibilidad"*, que permiten reducir la pena de algunos partícipes[11]. Para ello la inducción fue considerada como un *"minus* normativo"[12], dado que se la amenaza en la ley con la misma pena que la autoría. La función de las teorías de la autoría y la participación en este contexto fue la de establecer qué aportaciones de los partícipes son merecedoras de una atenuación de la pena.

977. — Por el contrario, en la actualidad es dominante el *concepto restrictivo de autor,* que parte de la idea de que los tipos de la Parte Especial sólo describen el comportamiento del autor. Consecuentemente, la responsabilidad de los partícipes en el hecho cometido por el autor se caracterizan como *"causas de extensión de la punibilidad"*. En este marco, las teorías de la autoría y la participación tienen una función diferente: deben caracterizar la figura nuclear del suce-

10 Cfr. Schmidt, en *Festgabe für Frank*, t. II, 1930, p. 117.
11 Mezger, *Strafrecht, ein Lehrbuch*, 3ª ed., 1949, p. 416.
12 Sauer, *Grundlagen des Strafrechts*, 1921, p. 471 y siguientes.

so (el autor) y además describir los fundamentos que permiten una extensión de la punibilidad a personas que no han realizado acciones de autoría, sino, simplemente, tomado parte en el hecho del autor.

—§ 75—
LA AUTORIA

978. — El Código Penal no define al autor. El art. 27 se limita a afirmar que "son criminalmente responsables de los delitos y las faltas los autores y los cómplices", algo que de inmediato desmiente el art. 28, pues éste establece que también lo son los inductores y los cooperadores necesarios. Por el contrario, la ley establece en el art. 28 las formas que puede adoptar la autoría: *autoría individual* ("quienes realizan el hecho por sí solos"), *coautoría* ("conjuntamente" con otros) y *autoría mediata* ("por medio de otro del que se sirven como instrumento").

La reforma de 1995 ha dado un paso significativo al eliminar la vieja fórmula del art. 14.1 del Cód Penal de 1973 de "los que toman parte directa en la ejecución del hecho", favorecedora de conceptos extensivos de autor[13].

979. — La tarea dogmática que requiere la nueva redacción se concreta en la formulación de criterios dogmáticamente operativos, que posibiliten decidir sobre la significación de las respectivas aportaciones de hecho de cada uno de los que toman parte en la ejecución del delito. Al respecto existen diversas concepciones teóricas. Todas ellas tienen el propósito común de responder a la pregunta *¿quién es autor y quién es partícipe?* Todas ellas parten del mismo punto: *autor es el que ha ejecutado la acción típica*. Sin embargo, las respuestas no son coincidentes; difieren en lo que se debe considerar realización de la acción típica. Las diferencias son tan notorias en este aspecto que mientras unos piensan que el autor debe realizar la acción que describe el tipo penal[14], otros piensan que ello no es necesario y que pue-

[13] Bacigalupo, en "Poder Judicial", nº 31 (1993), p. 31 y ss. y p. 34.
[14] Beling, *Die Lehre vom Verbrechen*, 1906, p. 397.

de ser autor quien no haya realizado la acción descrita en el tipo (así la teoría subjetiva).

a — La teoría formal-objetiva

980. — Para la teoría formal-objetiva "autor" es el sujeto que ejecuta la acción expresada por el verbo típico. La doctrina proviene de la dogmática alemana y tuvo numerosos partidarios ya en el siglo XIX[15]. Fue dominante en Alemania entre 1915 y 1933 y seguida por autores de significación[16]; a pesar de ello hoy ha sido abandonada[17]. Sin embargo, es la teoría dominante en España[18].

981. — Un sector considerable de la teoría[19] piensa que el concepto de autor en el sentido de la teoría formal-objetiva se infiere de los respectivos tipos de la Parte Especial. Pero este criterio no brinda sino una solución aparente, pues en el delito de homicidio, por ejemplo, se dice que realiza el tipo el que mata a otro, pero de allí no es posible deducir quién es el que mata a otro cuando son varios los que toman parte en el hecho. Sobre todo cuando se reconoce que los tipos de la Parte Especial están concebidos sin tomar en cuenta más que un único autor, es decir, un supuesto en el que no se presenta el problema de la distinción entre autores y otros partícipes.

[15] Birkmeyer, *Vergl. Darst, Allgemeiner Teil*, 1908, t. II, ps. 21 y siguientes.

[16] Entre otros, por Beling, *Die Lehre vom Verbrechen*, 1906, p. 408 y ss.; Mayer, *Der Allgemeine Teil des deutschen Strafrechts*, 1915, p. 380 y ss.; Liszt, *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*, 22ª ed., p. 211; Liszt - Schmidt, *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*, 22ª ed., p. 334 y ss.; Mezger, *Strafrecht, ein Lehrbuch*, 2ª ed., 1943, p. 44; Dohna, *Der Aufbau der Verbrechenslehre*, p. 59.

[17] Roxin, *Täterschaft und Tatherrschaft*, 1963; 6ª ed., 1994, p. 34.

[18] Gimbernat Ordeig, *Introducción a la parte general del derecho penal español*, p. 142; Díaz y Gª Conlledo, *La autoría en derecho penal*, Barcelona, 1991, p. 444; Moreno y Bravo, *Autoría en la doctrina del Tribunal Supremo (coautoría, autoría mediata y delitos impropios de omisión)*, Madrid, 1997, p. 47 y ss.; Jaén Vallejo, en López Barja de Quiroga - Rodríguez Ramos, *Código Penal. Comentado*, 1990, p. 116 y siguientes.

[19] Gimbernat Ordeig, *Introducción a la parte general del derecho penal español*, p. 749; Quintero Olivares, *Introducción al derecho penal. Parte general*, p. 248; Rodríguez Devesa, *Derecho penal español. Parte general*, p. 749; Rodríguez Mourullo, en Córdoba Roda - Rodríguez Mourullo, *Comentarios al Código Penal*, t. I, p. 802.

982. — La teoría formal-objetiva ha estado, en los precedentes doctrinales que la informan, ligada al concepto restrictivo de autor, por oposición a un concepto extensivo[20]. Sin embargo, en la variedad representada por quienes piensan que su fundamento reside en "tomar parte directa en la ejecución del hecho", ha dado fundamento a un concepto extensivo de autor, dada la imposibilidad de diferenciar a los autores de los cómplices o cooperadores, ya que éstos también toman parte en la ejecución. Del "tomar parte" no es posible deducir todavía quién es autor y quién es cómplice o cooperador.

983. — La *teoría formal-objetiva* distingue el autor del partícipe según el aspecto exterior de los respectivos comportamientos, es decir según si la acción se puede subsumir (lógico-)formalmente bajo el tipo penal. Esto significa que es necesario comprobar si la acción realizada puede ser considerada la mencionada en el texto legal haciendo un *"uso sencillo del lenguaje de la vida"*[21]. Esta noción de autor estaba fuertemente condicionada por el contexto sistemático en el que se desarrolló. En efecto, en el nivel de la tipicidad no era posible introducir elementos subjetivos, pues en el sistema de la época estos elementos pertenecían exclusivamente a la culpabilidad. Por lo tanto, la teoría se desarrolló intentando distinguir conceptualmente entre "causa" y "condición"[22] o entre "ejecución" y "cooperación o apoyo"[23].

984. — El desenvolvimiento de la teoría del delito terminó, en cierta forma, con la posibilidad de una concepción puramente objetiva de la autoría, dado que dio lugar en el tipo penal a los *elementos subjetivos del tipo*. En la medida, entonces, en la que la acción ejecutiva ya no era concebida de forma exclusivamente objetiva, los postulados

[20] Beling, *Die Lehre vom Verbrechen*, p. 250; Dohna, *Der Aufbau der Verbrechenslehre*, p. 59; Jescheck, *Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil*, § 61, III; Roxin, *Täterschaft und Tatherrschaft*, 1963; 6ª ed., 1994, p. 35; Zimmerl, *Gründsätzliches zur Teilnahmelehre*, en "ZStW", 49 (1929) p. 41.

[21] Beling, *Grundzüge des Strafrechts*, 1930, § 18, V.

[22] Birkmeyer, *Vergleichende Darstellung des deutschen und ausländischen Strafrechts, Allgemeiner Teil*, t. II, 1908, p. 23 y ss.; Frank, *Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich*, 17ª ed., 1926, p. 102 y siguientes.

[23] Mezger, *Strafrecht, ein Lehrbuch*, p. 444 y ss.; semejante Beling, *Die Lehre vom Verbrechen*, p. 397 y ss.; Hippel, *Deutsches Strafrecht*, p. 454 y siguientes.

de la teoría objetiva debieron relativizarse. Consecuencia de ello es el punto de vista expuesto por Mezger, para quien, si bien la teoría formal-objetiva es básicamente correcta, "también la realización de los elementos subjetivos de la ilicitud fundamentan la autoría". Consecuentemente, en relación al delito de hurto, afirma que "es coautor (de este delito) el que comienza a relajar la custodia del sujeto pasivo, cómplice el que proporciona al autor un medio para llevarlo a cabo; pero también puede ser autor el que tiene el propósito de apropiación[24]. Por lo tanto, una vez reconocidos los elementos subjetivos de la tipicidad, la teoría "formal-objetiva" ya no reflejaba una noción de autor formalmente objetiva[25].

985. — La teoría formal-objetiva, por otra parte, no puede proporcionar una solución plausible a los casos en los que una persona (no inductor) se vale de otra para ejecutar la acción típica *(autoría mediata)*. En este sentido cabe señalar que, admitida la autoría mediata en forma expresa en el art. 28 del Cód. Penal, la teoría formal-objetiva, en realidad, choca con el texto legal. Además genera problemas conceptuales en los *delitos especiales propios*, en los que la realización corporal de la acción típica no es suficiente para la tipicidad de la acción y, por lo tanto, para la autoría. Precisamente la necesidad de superación de estos problemas fue la que condujo al *concepto extensivo de autor*, que considera autor a aquel "a cuyo comportamiento se reconduce una lesión de intereses típicos, cualquiera sea la configuración exterior de su conducta"[26].

b — La teoría subjetiva

986. — Quienes no creen posible una delimitación de las formas de participación sobre la base de la teoría formal-objetiva proponen, en primer término, una *teoría subjetiva*, es decir, una teoría basada en la dirección de la voluntad del partícipe.

[24] Mezger, *Strafrecht, ein Lehrbuch*, p. 444; ídem, en *Strafgesetzbuch Leipziger Kommentar*, 7ª ed., 1954, § 47.

[25] Roxin, *Täterschaft und Tatherrschaft*, 1963; 6ª ed., 1994, p. 35.

[26] Schmidt, *Festgabe für Frank*, t. II, 1930, p. 117.

Estas teorías se apoyan, por un lado, en un concepto especial de dolo, en concreto, una específica *voluntad de ser autor (animus auctoris)* —que permitiría distinguir al autor del partícipe, que sólo actuó con *animus socii*—. En otra variante se recurre al *criterio del interés*, según el cual la voluntad de autor se identifica con el interés en la ejecución del delito. El punto de partida de esta concepción subjetiva de la autoría es la teoría de la equivalencia de las condiciones, en cuyo contexto no cabe una distinción entre causas y condiciones[27]. De esta manera la teoría subjetiva no era sino una consecuencia de la concepción que sólo atribuía al comportamiento humano una manifestación causal naturalística en el mundo exterior. En la medida en la que la reducción de la realidad social a categorías naturalísticas fue puesta en duda, y en el concepto de ilícito se introdujeron elementos valorativos, la equivalencia valorativa ya no pudo ser deducida sin más de la equivalencia causal[28]. Como consecuencia de ello la teoría subjetiva ha sido rechazada en la teoría y, salvo pocas excepciones, no ha merecido la consideración de la jurisprudencia[29].

987. — En la doctrina se admite de manera casi unánime que el criterio del interés está condenado al fracaso en los que el principal partícipe actúa con motivos altruistas[30]. Por lo tanto, los modernos partidarios de la teoría subjetiva consideran que la *voluntad de dominio del hecho* es un indicio eficaz de la existencia de interés en el resultado. Por consiguiente, se afirma, que debe ser considerado coautor el que quiere dominar el hecho, aun cuando carezca de interés en el resultado, así como el que tiene interés en el resultado, aun cuando su contribución al hecho no sea esencial. Por el contrario, será cómplice o cooperador el que no quiere dominar el hecho ni tiene interés en el resultado, o el que no tiene interés en el resultado y sólo contribuye de manera no esencial al hecho, así como el que tiene un reducido interés en el resultado y sólo realiza una aportación no esencial al hecho[31].

27 Buri, *Die Causalität und ihre strafrechtliche Beziehungen*, 1885, p. 38.
28 Hippel, *Deutsches Strafrecht*, p. 455; Mezger, *Strafrecht, ein Lehrbuch*, p. 443.
29 Cfr. *SSTS* del 21/2/89; 24/2/89; 20/1/90; 6/4/90; 8/10/90; 9/10/90; 12/6/92.
30 Baumann, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 7ª ed., 1975, p. 559.
31 Baumann, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, p. 559.

988. — En la práctica, en particular en la jurisprudencia del Tribunal Supremo Federal alemán *(BGH)*, que mantiene su adhesión a la teoría subjetiva, ésta ha evolucionado hacia una "teoría subjetiva con incrustaciones de elementos objetivos". De esta manera es posible, en la práctica, llegar a considerar en ciertos casos que un partícipe *no es autor*, aunque haya realizado la acción típica por sí mismo[32]. En su versión moderna, el *BGH* ha fundamentado la teoría subjetiva en la necesidad de tomar en consideración en esta materia los *impulsos especiales* reconocidos por la criminología, de tal manera que una teoría objetiva sólo resultaría preferible si constara que los partícipes actúan por impulsos criminológicamente reconocidos. Desde esta perspectiva fue posible al *BGH* considerar que un agente extranjero que cometió un delito de homicidio debía ser considerado como un partícipe, dado que sólo había cumplido órdenes de un Estado que se había servido de una propaganda masiva[33].

989. — En suma: la teoría subjetiva ha realizado un considerable acercamiento a las teorías material-objetivas (ver *infra, c*) introduciendo el concepto de *voluntad de dominio del hecho* y apreciando en los casos concretos que quien *objetivamente* tiene el dominio del hecho, por regla, tendrá también la voluntad de poseerlo[34].

c — Teorías material-objetivas

990. — Las *teorías material-objetivas* se orientan, en general, por pautas objetivas, pero procuran establecer el sentido de la intervención de varias personas atendiendo a criterios de contenido, es decir, que van más allá de la forma misma del comportamiento. Las teorías material-objetivas más antiguas han procurado una distinción basada en diferenciaciones dentro de la causalidad (teoría de la *necesidad de la aportación causal*, cuya influencia en el derecho español vigente no ha podido ser totalmente eliminada; teoría de la interven-

32 Ver, por ejemplo el conocido caso "Staschinski" (*BGHSt* 18,87).
33 *BGHSt* 18, 87 y 93.
34 Baumann - Weber, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 9ª ed., 1985, p. 537.

ción antes y durante la ejecución, que también ha influido en el derecho español —art. 14.1, Cód. Penal anterior—; etcétera)[35].

991. — En la doctrina moderna, sin embargo, la teoría material-objetiva más significativa es la *teoría del dominio del hecho.* El concepto ha sido empleado en la dogmática por diversos autores[36]. En este sentido, la teoría del dominio del hecho presupone una concepción de la relación de los partícipes con su mundo exterior que se diferencia básicamente de la que parten las otras teorías. La moderna teoría entiende que no se trata de la causación de efectos en el mundo exterior, sino de la realización de un fin, que es el resultado de una elección entre diversas alternativas y posibilidades de acción en relación al fin que el agente se propone. La concepción moderna del dominio del hecho ofrece diversas posibilidades de articulación teórica de los aspectos objetivos y subjetivos del comportamiento, pero, en general, la fórmula más aceptada se expresa de la siguiente manera: *el dominio del hecho se debe manifestar en una configuración real del suceso y quien no sabe que tiene tal configuración real en sus manos carece del dominio del hecho.* Sin embargo, es necesaria una mayor concreción del dominio del hecho para lograr un concepto más operativo[37].

992. — Esta concreción ha sido emprendida, en primer lugar, por Roxin[38]. El dominio del hecho, de acuerdo con su formulación de la teoría, se manifiesta, ante todo, en el *dominio de la propia acción típica* ("los que realizan el hecho por sí solos"). Este dominio no se pierde ni por la existencia de una coacción ni por la concurrencia de circunstancias que excluyan la culpabilidad. El dominio del hecho se manifiesta también cuando el partícipe *domina la voluntad de otro,* que realiza la acción típica (los que realizan el hecho sirviéndose de otro que actúa como instrumento). Sea que este dominio de la volun-

35 Sobre las teorías material-objetivas en detalle cfr. Roxin, *Täterschaft und Tatherrschaft,* 6ª ed., 1994, p. 38 y siguientes.

36 Hegel, en "ZStW" 58 (1939), p. 491 y ss. Sin embargo, hay quienes piensan que la teoría del dominio del hecho no se deduce de la teoría finalista de la acción: cfr. Stein, *Die strafrechtliche Beteiligungslehre,* 1988, p. 188 y siguientes.

37 Engisch, *Festschrift für Eberhard Schmidt,* 1961, ps. 90 y ss. y 114.

38 Cfr. Roxin, *Täterschaft und Tatherrschaft,* 1963; 6ª ed., 1994.

tad tenga lugar mediante coacción, por aprovechamiento del error del otro, por la incapacidad de culpabilidad del que actúa inmediatamente, sea porque se utiliza un aparato de poder, etcétera. Por último, el dominio del hecho puede asumir la forma de un *dominio funcional del hecho* en los supuestos en los que varios partícipes dividen funcionalmente entre sí la ejecución del delito según un plan común (los que realizan el hecho *conjuntamente* con otros).

993. — De manera similar, Jakobs ha propuesto también distinguir tres formas de dominio del hecho: el *dominio formal*, vinculado a la realización personal de la acción típica, *el dominio material como dominio de la decisión y el dominio como dominio configurador*[39].

d — Límites explicativos de la teoría del dominio del hecho: La distinción entre delitos de dominio y delitos de infracción de deber

994. — En los últimos decenios se ha comprobado que no todos los tipos de delito tienen una estructura que permite explicar las cuestiones de la autoría a través de la teoría del dominio del hecho. En 1963 Roxin propuso, en este sentido, distinguir los *delitos de dominio del hecho* de los *delitos de infracción de deber*[40]. En su versión originaria los delitos de infracción de deber se caracterizan porque la autoría de la realización del tipo penal no depende del dominio del hecho, sino de la infracción de un deber que incumbe al agente. Los delitos de infracción de deber, por lo tanto, se dan en tipos penales en los que la autoría se encuentra reducida a quienes les incumbe un determinado deber. Por lo tanto, en estos delitos de infracción de deber es factible que quien domina la acción *no* sea el autor ni tampoco el coautor, pues la autoría se define por la infracción del deber y no por el do-

[39] Roxin, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 2ª ed., 1991, p. 613.

[40] Roxin, *Täterschaft und Tatherrschaft*, 1963; 6ª ed., 1994, p. 352 y ss.; en el mismo sentido: Jakobs, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, p. 655 y ss.; cfr. también al respecto Stein, *Die Strafrechtliche Beteiligungsformenlehre*, 1988, p. 209 y ss.; Lesch, *Das Problem der sukkzessiven Beihilfe*, 1992, ps. 126 y ss. y 268 y ss. En la dogmática española ver: Bacigalupo, en "ChengchiLaw Review", 50 (1994), p. 406 y ss.; López Barja de Quiroga, *Autoría y participación*, Madrid, 1996, p. 159 y siguientes.

minio del hecho. Por ejemplo: el no funcionario documenta una constatación falsamente, que el funcionario competente para la expendición del documento conoce y autoriza: sólo el funcionario es autor de un delito de falsedad documental del art. 390 del Cód. Penal, aunque no haya tenido el dominio del hecho en la confección del documento.

995. — La teoría de los delitos de infracción de deber se refiere, en la formulación de Roxin, a los delitos especiales y los delitos de omisión y tiene importantes consecuencias en lo referente a la accesoriedad (mientras en los delitos de dominio la participación requiere un autor principal que obre dolosamente, ello no es necesario en los delitos de infracción de deber, en los que el partícipe es quien participa sin lesionar un deber especial, aunque el autor haya obrado sin dolo)[41].

996. — La caracterización de los delitos de infracción de deber sufre una considerable modificación en la propuesta de Jakobs, como consecuencia de que éste no elabora la teoría del delito sobre la base de la distinción entre acciones y omisiones, sino entre deberes que provienen de la *organización* de la intervención del agente y deberes que provienen de la *posición institucional* de éste. Por lo tanto, los delitos de dominio se corresponden con el ámbito de la organización (donde es irrelevante que se trate de una acción o de una omisión) y los delitos de infracción se refieren al ámbito institucional[42]. Desde el punto de vista de Jakobs, en los delitos de infracción de deber la competencia del autor se encuentra fundada en la lesión de deberes protegidos institucionalmente.

997. — Contra la teoría de los delitos de infracción de deber se ha sostenido que, en la medida en la que todas las normas imponen deberes y todos los delitos consisten en la infracción de una norma, se debería deducir que *todos* los delitos tendrían el carácter de delitos de infracción de deber[43]. Este punto de vista ha sido desarrollado

41 Roxin, *Täterschaft und Tatherrschaft*, p. 384 y ss.; 367 y ss.; 459 y siguientes.

42 Jakobs, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, p. 655 y siguientes.

43 Maurach - Gössel - Zipf, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, t. II, 7ª ed., 1989, 42/10 y siguientes.

también a partir de la concepción del derecho penal como defraudación de espectativas[44]. La distinción entre delitos de dominio y delitos de infracción de deber, sin embargo, ha sido mantenida por Jakobs sobre la base de la ya mencionada diversidad entre los deberes que provienen de la organización de la propia actividad y los que se derivan de una institución[45].

e — La teoría de la consideración total

998. — Esta teoría ha sido formulada por Schmidhäuser[46] y fundamentalmente propone una determinación puramente intuitiva del autor y los partícipes. Partiendo de la naturaleza de "concepto empírico", es decir, que no puede reducirse a una definición, se sostiene que hay un gran número de casos que no son problemáticos y que aquellos que lo son deben resolverse mediante "una consideración total". De esta manera será autor "el que de acuerdo con el respectivo tipo de ilícito sea autor del mismo en una consideración total; y partícipe (inductor o cómplice) el que, de acuerdo con los elementos de una inducción y la complicidad en relación al correspondiente tipo de ilícito, es partícipe en una consideración total"[47].

999. — En la práctica esta teoría procede de la siguiente manera: en los casos en que es claro quién es autor y quién es partícipe estima innecesaria cualquier fundamentación teórica. Pero, cuando es difícil una distinción intuitiva, se requerirá una consideración total de los diversos momentos decisivos del hecho[48]. Tales momentos se refieren "más al aspecto objetivo-exterior del suceso" (presencia en el lugar del hecho, cercanía temporal de la contribución al resultado, importancia de la misma para la realización de éste, la configuración

44 Lesch, *Das Problem der sukkzessiven Beihilfe*, p. 133 y siguientes.

45 En contra de la teoría de los delitos de infracción de deber: Stratenwerth, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 3ª ed., 1981, p. 219; Jescheck - Waigend, *Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil*, 5ª ed., 1996, p. 652, nota 30.

46 Schmidhäuser, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, p. 498 y siguientes.

47 Schmidhäuser, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, p. 498.

48 Schmidhäuser, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, p. 572.

del suceso en el lugar y en el tiempo, la necesidad de la colaboración y su reemplazabilidad) o bien "más al aspecto anímico-subjetivo" (interés mediato o inmediato en el hecho, planeamiento y elección del objeto del mismo, la importancia personal en relación con los demás colaboradores, etcétera)[49].

1000. —Consideración total no quiere decir, en esta teoría, indiferenciación y, por lo tanto, no importa una renuncia a contornos precisos en la distinción del autor respecto de los partícipes. Sin embargo, la consideración total de los momentos decisivos puede arrojar en cada caso resultados diversos.

1001. — El punto de vista de Schmidhäuser es objetable, en primer lugar, porque supone que existen casos "claros" para cuya caracterización no brinda ningún criterio. Pero además tampoco brinda criterio alguno para decidir el resultado de la consideración total. Precisamente en esto se diferencia de la teoría del dominio del hecho, que, partiendo indudablemente de una consideración total, ofrece un criterio (el dominio del hecho) en función del cual es posible obtener la decisión respecto de la autoría en todos los casos.

f—La teoría dominante en España

1002. — En la dogmática española, como vimos, predomina el punto de vista según el cual el concepto de autor en sentido jurídico-penal debe inferirse de cada uno de los tipos de la Parte Especial. Las posibilidades de esta inferencia son, como se dijo, prácticamente inexistentes si no se recurre a un criterio para distinguir al autor (al que realiza la acción típica) de quienes sólo toman parte de otra manera diversa de la autoría. Precisamente este criterio es lo que no proporcionan los tipos de la Parte Especial, pues nada indican sobre las distintas formas de colaboración en la realización del tipo. Los tipos del homicidio, lesiones, hurto, etcétera, sólo dicen que al que realice la acción se le aplicará la pena allí conminada, pero sin especificar ab-

[49] Schmidhäuser, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, p. 576.

solutamente nada sobre el criterio que permitiría distinguir, entre diversos aportes al hecho, cuál es determinante de la autoría y cuál sólo debe considerarse secundariamente como complicidad o cooperación necesaria.

En suma, en el Código Penal la caracterización de la autoría requiere una definición previa de este concepto que posibilite una solución de los problemas de la participación.

A diferencia de lo que ocurre en la teoría, *la jurisprudencia* tiende de una manera cada vez más clara a dar fundamento a sus decisiones con apoyo en la teoría del dominio del hecho[50].

—§ 76—

LA AUTORIA EN LOS DELITOS DE DOMINIO

a — La autoría individual

1003. — La autoría individual es la del que "realiza el hecho por sí solo", por lo tanto, sin la participación de otros que hagan contribuciones a la ejecución de la acción. Se trata de supuestos en los que la ejecución se realiza de *propia mano,* dado que no necesita de otros[51]. En tales supuestos el dominio de la propia acción es indudable si el agente ha obrado con dolo y han concurrido los elementos objetivos y subjetivos (especial cualificación del autor y especial propósito del autor) requeridos por el tipo.

En este caso la autoría es particularmente simple, dado que al haber un único sujeto agente, si su acción es típica, no se presentará la cuestión de distinguir su comportamiento del de otros partícipes. Dicho en otras palabras: si la acción es típica el único agente será necesariamente autor.

[50] Cfr. *SSTS* del 1/7/63; 10/1/87; 11/5/87; 9/10/87; 15/4/88; 21/12/88; 21/2/89; 9/5/90; 8/2/91; 20/11/91; 25/11/92; 7/6/93; 14/6/93; 14/7/95.

[51] Jakobs, *Strafrecht, Allgemeiner Teil,* p. 615; en el mismo sentido: Roxin, *Täterschaft und Tatherrschaft,* p. 129.

b — La coautoría

1004. — Son coautores los que toman parte en la ejecución del delito co-dominando el hecho. Como ya se dijo, el derecho vigente no da una regla expresa sobre la coautoría. Sin embargo, ésta no depende en su existencia dogmática de un reconocimiento legal explícito, pues está (como la autoría mediata) implícita en la noción de autor.

1 — Elementos y particularidades

1005. — La coautoría es propiamente autoría. Por lo tanto, los elementos de esta última deben ser compartidos por el coautor. En este sentido el coautor debe tener en primer lugar el co-dominio del hecho (elemento general de la autoría) y también las calidades objetivas que lo constituyen en autor idóneo (delitos especiales), así como los elementos subjetivos de la autoría (o de lo injusto) requeridos por el delito concreto. Coautoría, en el sentido de co-ejecución de la acción típica, sólo es posible en los delitos dolosos de comisión[52].

— a —

1006. — El elemento esencial de la coautoría es el co-dominio del hecho. Este elemento ha sido caracterizado por Roxin[53] como un dominio funcional del hecho, en el sentido de que cada uno de los coautores tiene en sus manos el dominio del hecho a través de la parte que le corresponde en la división del trabajo[54].

1007. — El co-dominio del hecho requiere una decisión conjunta al hecho. Mediante esta decisión conjunta o común se vinculan funcionalmente los distintos aportes al mismo: uno de los autores sostiene a la víctima y el otro la despoja de su dinero; cada aportación está co-

[52] Sobre la imposibilidad de una coautoría de delitos de omisión, cfr. Kaufmann, Armin, *Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte*, p. 204; Bacigalupo, *Delitos impropios de omisión*, ps. 173 a 175.

[53] Roxin, *Täterschaft und Tatherrschaft*, p. 275 y ss.; ídem, en *Homenaje a Jiménez de Asúa*, p. 55 y siguientes.

[54] Roxin, *Täterschaft und Tatherrschaft*, p. 275 y ss.; ídem, en *Homenaje a Jiménez de Asúa*, p. 55 y ss.; Jescheck, *Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil*, p. 549; Stratenwerth, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, nº 807.

nectada a la otra mediante la división de tareas acordada en la decisión conjunta.

1008. — Problemático es distinguir esta decisión común que fundamenta la coautoría de la división de tareas acordada de ordinario entre autor y cómplice o cooperador. Las opiniones están divididas[55]. El criterio correcto de distinción debe establecer si la división de tareas acordada importa o no subordinación de unos respecto de otro o de otros. Para la existencia de coautoría es necesario que no haya subordinación a la voluntad de uno o de varios que mantengan en sus manos la decisión sobre la consumación del delito.

1009. — La jurisprudencia del Tribunal Supremo ya no considera que el *acuerdo previo* sin más es suficiente para la coautoría. Tal punto de vista, unánimemente criticado por la doctrina, ha cedido el paso a un punto de vista que lo considera, en todo caso, una condición, pero no la única, de la coautoría.

— *b* —

1010. — Para la coautoría es decisiva una aportación objetiva al hecho por parte del coautor. Sólo mediante esta aportación se puede determinar si el partícipe tuvo o no el dominio del hecho y, en consecuencia, si es o no coautor. La aportación objetiva que determina la existencia de un co-dominio del hecho puede resumirse en una fórmula de utilización práctica: habrá co-dominio del hecho cada vez que el partícipe haya aportado una contribución al hecho total, en el estadio de la ejecución, de tal naturaleza que sin ella aquél no hubiera podido cometerse[56]. Para el juicio sobre la dependencia de la consumación del hecho de la aportación del partícipe es decisivo el plan de realización tenido en cuenta por los autores.

[55] Cfr. por la teoría subjetiva: Baumann, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, p. 565 y ss.; por un criterio formal-objetivo: Stratenwerth, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, nº 815; igualmente: Samson, en *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, § 25, 43; Jescheck, *Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil*, p. 549; otro punto de vista Stratenwerth, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, p. 506.

[56] Cfr. en general, López Barja de Quiroga, *Autoría y participación*, p. 66; Moreno y Bravo, *Autoría en la doctrina del Tribunal Supremo (coautoría, autoría mediata y delitos impropios de omisión)*, p. 59 y ss.; Roxin, *Täterschaft und Tatherrschaft*, p. 280;

1011. — Esta fórmula tiene una base legal directa en el art. 28.2, *b* del Cód. Penal. En efecto, el significado de la expresión "tomar parte en la ejecución" sólo de esta manera adquiere un adecuado valor dogmático en lo referente a la coautoría, pues señala precisamente el momento que va desde el comienzo de ejecución hasta la consumación, período en el que prestar una colaboración sin la cual el hecho "no se habría podido cometer" implica un aporte que revela el co-dominio del hecho. "Es evidente que el sujeto que presta una colaboración sin la cual el hecho no habría podido cometerse decide sobre la consumación"[57] y, por lo tanto, co-domina el hecho.

1012. — El art. 28.2, *b* del Cód. Penal ha sido entendido exclusivamente como una forma de cooperación necesaria[58]. Desde nuestro punto de vista, por el contrario, es preciso diferenciar: el art. 28.2, *b* se refiere a los coautores como aquellos que hayan prestado *durante la ejecución* una contribución al hecho sin la cual éste no se hubiera podido cometer. Por el contrario, aquellos que hubieran prestado una colaboración semejante en la *etapa de la preparación*, previa al comienzo de la ejecución, no han podido dominar el hecho. Esto puede aclararse aún más con el siguiente cuadro:

A) Partícipes que realizan un aporte sin el cual el hecho no hubiera podido cometerse	*Durante la ejecución = coautores* *Durante la preparación = cooperadores necesarios*
B) Partícipes que realizan cualquier otra aportación del art. 29 del Código Penal.	*= Cómplices (sea durante la ejecución o la preparación)*

Stratenwerth, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, nº 820 y ss.; Jescheck, *Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil*, § 63, III; Samson, en *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, §§ 25, 44 y ss.; otro punto de vista: Jakobs, *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, p. 621 y siguientes.

[57] Bacigalupo, *La noción de autor...*, p. 47; Roxin, en *Homenaje a Jiménez de Asúa*, p. 66 refiriéndose al art. 45 del Código Penal argentino; ídem, *Täterschaft und Tatherrschaft*, p. 40.

[58] Cfr. por todos Rodríguez Mourullo, en Córdoba Roda - Rodríguez Mourullo, *Comentarios al Código Penal*, t. I, p. 871 y siguientes.

1013. — Para determinar cuándo hay un aporte sin el cual el hecho no se hubiera podido cometer es de utilidad el criterio de la fórmula de la supresión mental de la teoría de la *conditio sine qua non*. Si se suprime mentalmente la aportación y la ejecución no se puede llevar a cabo, es evidente que se trata de un aporte necesario. Sin embargo, es preciso tener en cuenta que *no se debe requerir una necesidad absoluta*, sino que es suficiente con que la aportación sea "difícilmente reemplazable" en las circunstancias concretas de la ejecución[59].

2 — Coautoría sucesiva

1014. — Se designa como coautoría sucesiva el caso consistente en que alguien participa co-dominando el hecho en un delito que ya ha comenzado a ejecutarse. Por ejemplo: "A" y "B" penetran con violencia en una tienda, donde se apoderan de mercancías que llevan a casa de "C"; éste, enterado del hecho ya realizado por "A" y "B", concurre con ellos al local y se apoderan juntos del resto de la mercadería. La coautoría sucesiva es posible sólo hasta la consumación del plan delictivo.

La regla para la decisión de estos casos es que el coautor sucesivo no responde por el hecho ya realizado cuando comienza su participación, pues ello implicaría el reconocimiento de un *dolo subsequens*[60].

c — La autoría mediata

1 — Concepto de autor mediato

1015. — Autor mediato es el que, dominando el hecho y poseyendo las demás características especiales de la autoría, se sirve de otra persona (instrumento) para la ejecución de la acción típica.

[59] Gimbernat Ordeig, *Autor y cómplice en el derecho penal*, p. 157 y ss.; Roxin, en *Homenaje a Jiménez de Asúa*, p. 67; Bacigalupo, *Notas sobre la banda y la distinción entre auxiliador necesario y la participación secundaria*, en *LL*, 123-1311.

[60] Stratenwerth, *Strafrechts, Allgemeiner Teil*, nº 817; Roxin, *Täterschaft und Tatherrschaft*, p. 290; Schmidhäuser, *Strafrechts, Allgemeiner Teil*, p. 520; en contra, Jescheck, *Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil*, p. 552 y ss.; Maurach, *Deutsches Strafrecht, Allgemeiner Teil*, § 49, III; Samson, en *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*.

1016. —La teoría del autor mediato no ha merecido siempre aceptación fuera de Alemania. En España ha sido considerada superflua por algunos autores[61] y en Italia ha sido también cuestionada su necesidad, no sólo porque el art. 111 del Cód. Penal italiano establece que "quien ha determinado a cometer un delito a una persona no imputable o no punible a causa de la ausencia de una condición o cualidad personal, responde del delito cometido por ésta", sino también en razón de sus fundamentos[62].

1017. —La teoría del autor mediato se ha ido desprendiendo de la figura del *Mandat*, desarrollada a fines de la Edad Media por la ciencia italiana del derecho penal. Pero un concepto de autoría mediata no aparece hasta Stübel (1828) en reemplazo del de "causante intelectual". La fundamentación moderna comienza con los hegelianos: Luden, Köstlin, Berner, Hälschner. En gran medida la teoría se desarrolló como consecuencia de la accesoriedad extrema[63], que exigía en el autor inmediato también el requisito de la culpabilidad; por lo tanto, los que inducían a autores inculpables resultaban impunes. Precisamente para evitar esta impunidad se forjó la figura del autor mediato. Sin embargo, introducida la accesoriedad limitada[64], se mantuvo, porque ha quedado demostrado que esencialmente se trata de casos de autoría[65].

1018. —El autor mediato debe reunir todas las características especiales de la autoría (objetivas y subjetivas) en la misma medida requerida para el autor inmediato.

El rasgo fundamental de la autoría mediata reside en que el autor no realiza personalmente la acción ejecutiva, sino mediante otro

[61] Rodríguez Mourullo, en Córdoba Roda - Rodríguez Mourullo, *Comentarios al Código Penal*, t. I, p. 803; Cerezo Mir, en *Festschrift für Welzel*, p. 635 y siguientes.

[62] Bettiol, *Diritto penale*, p. 594; Mantovani, *Diritto penale*, 1979, p. 462; afirmativamente: Riccio, *L'autore mediato*, 1939; Pannain, *Manuale di diritto penale*, 1962, t. I, p. 802; Latagliata, *I principi del concorso di persone nel reato*.

[63] Cfr. *infra*, § 79, *b*, 2.

[64] Cfr. *infra*, § 79, *b*, 2.

[65] Cfr. Schröder, *Der Täter hinter dem Täter*, 1965, p. 13 y ss.; Roxin, *Täterschaft und Tatherrschaft*, p. 141 y ss.; sobre la necesidad de la figura de la autoría mediata, Welzel, *Das Deutsche Strafrecht*, p. 101.

(instrumento); y lo que caracteriza el dominio del hecho es la subordinación de la voluntad del instrumento a la del autor mediato.

1019. — Los casos en que falte la acción del instrumento, porque se lo utiliza mediante fuerza física irresistible o de una forma análoga, no dan lugar a autoría mediata sino a autoría directa. Por ejemplo: el que, atropellado por un automóvil, da contra un escaparate y rompe el cristal o el que rompe el jarrón ajeno como consecuencia de un acto reflejo que le provoca el médico no son instrumentos de un autor mediato, sino que quienes ocasionaron el desplazamiento violento del cuerpo o el acto reflejo resultan autores inmediatos.

1020. — La autoría mediata sólo adquiere —como se vio— una fundamentación adecuada a través de la teoría del dominio del hecho. La teoría formal-objetiva no puede alcanzar tal fundamentación especialmente, ya que su punto de partida es demasiado estrecho y, en realidad, reduce todos los delitos a delitos de propia mano. Sin embargo, trató de superar el punto de partida sin contradicción mediante la llamada "teoría de la preponderancia"[66], que procura reemplazar la falta de la acción personal de ejecución mediante una ampliación del concepto de autor para los casos de autoría mediata. De esta forma la falta de autoría directa resultaría compensada por otros elementos del delito, que son presupuestos de la punibilidad, que residen en el ámbito de la culpabilidad y sólo concurren en el autor.

1021. —Así, por ejemplo, en el caso de producción de un resultado mediante un instrumento que obra de acuerdo a derecho, porque lo ampara una causa de justificación, la autoría mediata resulta fundamentada porque el que obra detrás del instrumento tiene una "preponderancia en el ámbito de la antijuridicidad"[67]. Con acierto ha cri-

[66] Hegler, "Das Wesen der mittelbaren Täterschaft", en *Die Reichsgerichtspraxis im deutschen Rechtsleben, Besonderer Teil*, t. V, 1929, p. 355; ídem, "Mittelbare Täterschaft bei nicht rechtswidrigem Handeln der mittelsperson", en *Festgabe für Richard Schmidt*, 1932.

[67] Hegler, "Mittelbare Täterschaft bei nicht rechtswidrigem Handeln der Mittelsperson", en *Festgabe für Richard Schmidt*, p. 71 y siguientes.

ticado Grünhut[68] que sólo se trata de una correcta caracterización de la autoría mediata, pero no de una fundamentación dogmática.

2 — Supuestos de autoría mediata

I — Instrumento que obra sin dolo

1022. — La primera hipótesis de autoría mediata se da en el caso del que utiliza, como medio para alcanzar el fin propuesto, a otro cuya acción —por el contrario— no se dirige al mismo fin del autor mediato sino a uno distinto cualquiera[69]. Por ejemplo: la utilización de un mensajero que ignora el contenido del paquete para entregar una bomba que estallará al ser recibida por el destinatario; la utilización de una enfermera ignorante del contenido de una jeringuilla para inyectar a otro una dosis mortal. El dolo del instrumento faltará siempre que éste obre con error o ignorancia sobre las circunstancias del tipo. En estos casos el dominio de la voluntad se funda en el mayor conocimiento que tiene el autor mediato de las circunstancias del tipo con respecto al instrumento.

1023. — Cuando ambos conocen las circunstancias en igual medida no hay posibilidad de dominio de la voluntad del otro (a no ser que concurran otros factores que permitan establecerlo). Por ejemplo: "A" incita a "B" a que pruebe su habilidad quitando un cigarrillo de la boca a "C" —que está de acuerdo con la prueba— por medio de un disparo de revólver. "B" acepta con idea de ganar la apuesta, dispara y mata a "C". Por lo menos ha obrado con culpa y, en su caso, con dolo eventual. Pero, de todos modos, "B" ha tenido el dominio del hecho: "A" no es autor mediato[70].

II — Instrumento que obra coaccionado

1024. — Este caso no ofrece respuestas unánimes. El que obra coaccionado lo hace, sin duda, con dolo: *coactus voluit*. Tiene, por lo

[68] Grünhut, *Grenzen strafbarer Täterschaft und Teilnahme*, en "JW" 1932, p. 366.

[69] Cfr. *SSTS* de 28/10/78; 23/5/81; 22/4/88; 8/10/92.

[70] Stratenwerth, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, nº 764 y ss.; Roxin, *Täterschaft und Tatherrschaft*, p. 189 y siguientes.

tanto, dominio de la acción para cuya ejecución se lo coacciona y consecuentemente también la posibilidad de obrar de otra manera. Por ello se piensa que el que coacciona será en todo caso un inductor, pues ha creado en el autor el dolo, no importando para nada que lo haya hecho mediante coacción o persuasión[71].

1025. — Desde otro punto de vista se sostiene que podrá admitirse autoría mediata en los casos en que el coaccionado haya perdido, por la intensidad del efecto de la coacción, "la última y relevante decisión sobre lo que ocurrirá", de tal forma que ésta se traslada a las manos del que ejerce la coacción[72].

1026. — La cuestión planteada no tiene, en principio, mayor efecto práctico en el derecho español, por la equiparación de pena dispuesta en el art. 61 del Cód. Penal. Desde el punto de vista del exceso del autor inmediato el resultado también se mantiene inalterable. Si lo consideramos un caso de inducción, el exceso del autor inmediato no le será imputable por los principios generales. Si se lo considera un caso de autoría mediata, el exceso del autor inmediato será sin duda una hipótesis en la que el autor mediato ya no tiene el dominio del hecho, pues en esa parte no habrá dominado el hecho del autor inmediato. No obstante si conoce el riesgo del exceso, el autor mediato habrá obrado con dolo eventual respecto del mismo.

III — Instrumento que carece de capacidad para motivarse de acuerdo a la norma

1027. — Aquí debemos distinguir dos supuestos: *a*) Que el instrumento actúe en estado de incapacidad de culpabilidad (inimputabilidad). *b*) Que el instrumento obre con error de prohibición.

a) El caso del instrumento que obra en estado de necesidad de culpabilidad (inimputabilidad) —por ejemplo, enfermo mental— no ofrece, en principio, problemas. Admitida la accesoriedad limitada, puede resolverse también como un supuesto de induc-

[71] Kaufmann, Armin, *Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte*, p. 165, nota 187.

[72] Roxin, *Täterschaft und Tatherrschaft*, p. 144; Stratenwerth, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, nº 768 y ss.; Welzel, *Das Deutsche Strafrecht*, p. 102.

ción[73], si bien el auténtico sentido del hecho lo da la calificación de autoría mediata. Sin embargo, si el inimputable ha conservado el dominio del hecho a pesar de su inimputabilidad, sólo habrá inducción[74].

b) En el caso del instrumento que obra con error de prohibición inevitable la solución es la misma, pues le ha faltado a aquél la capacidad para obrar de otra manera, mientras el autor mediato es tal precisamente porque se ha servido de esa incapacidad del instrumento, similar en sus efectos a la incapacidad de culpabilidad. Si el error de prohibición es evitable puede darse también autoría mediata[75].

IV — Instrumento que no obra típicamente

1028. — Se trata, por ejemplo, del caso de las autolesiones, que no son típicas, pues el art. 147.1 del Cód. Penal requiere causar lesión "a otro" ("A" engaña a "B" haciéndole creer que el revólver está descargado; "B" se dispara sobre un pie y se produce una herida; "A" es autor mediato de las lesiones).

V — Instrumento que obra de acuerdo a derecho

1029. — El caso se presenta con toda claridad en los supuestos de estafa procesal. Una de las partes hace valer documentos falsos, con lo que determina una decisión falsa del juez que perjudica a la otra parte. El juez que dicta la sentencia, ignorando la falsedad, obra de acuerdo a derecho.

Pero el que obra detrás es autor mediato de estafa porque, en base a su mayor conocimiento de la verdad de los hechos, ha mantenido el dominio del hecho[76].

[73] Jescheck, *Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil*, p. 544.

[74] López Barja de Quiroga, *Autoría y participación*, p. 51.

[75] Welzel, *Das Deutsche Strafrecht*, p. 103; Stratenwerth, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, nº 779 y ss.; otra solución: Roxin, *Täterschaft und Tatherrschaft*, p. 197.

[76] Roxin, *Täterschaft und Tatherrschaft*, p. 341 y ss.; Maurach, *Deutsches Strafrecht, Allgemeiner Teil*, § 48, II, B. Cfr. *STS* del 22/4/88.

VI — Instrumento que obra dentro de un aparato de poder

1030. — Roxin[77], Stratenwerth[78], Samson[79] y Schmidhäuser[80] consideran que se da autoría mediata en el caso del sujeto que forma parte de una organización de poder y que es un intermediario en la ejecución de una decisión delictiva determinada. Por ejemplo: el agente de un servicio secreto que cumple una orden de matar a un diplomático extranjero; el funcionario de un Estado ilegítimo que pone en marcha en una etapa intermedia de realización una operación de exterminio o privación de libertad de un grupo de personas. Los "funcionarios" o el agente del servicio de los casos propuestos no obran ni coaccionados ni por error. Sin embargo, dada la fácil fungibilidad del sujeto, que podría ser reemplazado en el trámite por otro cualquiera, se admite la autoría mediata para los miembros superiores del "aparato de poder". Por supuesto, la punibilidad del "instrumento" como autor inmediato no es discutida. Para otros autores estos casos se deben considerar según las reglas de la coautoría[81].

— § 77 —

LA AUTORIA EN LOS DELITOS DE INFRACCION DE DEBER

1031. — Como hemos visto (*supra*, § 75, *d*) a los efectos de la distinción entre autoría y participación se debe distinguir entre *delitos de dominio*, en los que el dominio del hecho permite decidir sobre la autoría del agente, y *delitos de infracción de deber*. Entre estos se encuentran los delitos especiales, algunos delitos societarios (administración desleal —art. 295, Cód. Penal—) y los delitos de omisión[82].

[77] Roxin, *Täterschaft und Tatherrschaft*, p. 341 y siguientes.

[78] Stratenwerth, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, nº 790 y siguientes.

[79] Samson, en *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, §§ 25, 36.

[80] Schmidhäuser, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, p. 527.

[81] Cfr. Jescheck, *Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil*, p. 546; Samson, en *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, §§ 25, 36; también Jakobs, que rechaza enérgicamente la autoría mediata, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, p. 649.

[82] Roxin, *Täterschaft und Tatherrschaft*, p. 352 y ss.; el mismo: *Leipziger Kommentar*, §§ 25, 29 y ss.; Jakobs, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, p. 655 y ss. con ciertas variaciones.

1032. — El deber que constituye la materia de la lesión jurídica en estos tipos penales no es el deber genérico que surge de toda norma y que alcanza también la de los partícipes. Se trata, por el contrario, de un deber extra-penal, que no alcanza a todo partícipe, sino a quienes tienen una determinada posición respecto de la inviolabilidad del bien jurídico (funcionarios, administradores, garantes en los delitos de omisión).

En este sentido se afirma que delitos de infracción de deber "son todos aquellos cuyos autores están obligados institucionalmente a un cuidado del bien"[83].

1033. — En los delitos de infracción de deber el criterio determinante de la autoría es únicamente la infracción del deber especial que incumbe al agente, con total independencia de si tuvo o no dominio del hecho. Por ejemplo: el administrador de hecho o de derecho, que aconseja a un tercero cómo sustraer ciertos bienes del activo del patrimonio que administra, es autor del delito de administración desleal aunque no haya tenido dominio del hecho en la sustracción del tercero que perjudica el patrimonio[84].

1034. — En los delitos de infracción de deber la *coautoría* se da en los casos de vulneración en común del deber especial, sin tomar en consideración ninguna otra circunstancia, en particular la especie de aportación de cada uno de los agentes[85].

1035. — Asimismo se postula en los delitos de infracción de deber la admisión de la *autoría mediata*. En el caso del art. 295 del Cód. Penal (administración desleal) se daría autoría mediata del administrador que aconseja a un tercero para que éste obtenga una ventaja patrimonial causando un perjuicio antijurídico al patrimonio admi-

[83] Jakobs, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, p. 655 y ss. Sin embargo, no se debe confundir la extensión que se otorga a los delitos de infracción de deber en la teoría, según se parta de la distinción esencial entre acción-omisión o entre organización de la propia acción/deberes institucionales. La cuestión es decisiva para aplicar las consecuencias que estos delitos tienen en lo referente a las relaciones que se deben exigir entre el hecho del autor y los hechos de los partícipes (es decir, respecto de la accesoriedad).

[84] Ejemplo adaptado de Jakobs, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, p. 655 y siguientes.

[85] Cfr. Roxin, *Leipziger Kommentar*, § 25, 111.

nistrado[86]. Sin embargo, el ejemplo propuesto pone por sí solo de relieve que la figura de la autoría mediata es innecesaria: el que infringe el deber especial que le incumbe induciendo a otro a producir el daño ya es autor (directo o inmediato), dado que el deber lo infringe al poner en marcha el suceso que producirá el daño patrimonial.

— § 78 —

PROBLEMAS PARTICULARES

a — La problemática de los delitos de propia mano

1036. — En la doctrina y en la jurisprudencia se designan como delitos de propia mano aquellos en los que la autoría depende de la realización corporal de la acción, dado que lo reprochable del acto es precisamente su ejecución corporal. En estos delitos se excluye la coautoría y la autoría mediata[87].

La categoría en sí misma no es discutida, pero es problemático establecer en que tipos se debe admitir un delito de propia mano. En este sentido la jurisprudencia muestra hasta qué punto se ha producido un cambio de puntos de vista respecto de delitos concretos. El Tribunal Supremo consideró inicialmente que el delito de tenencia de armas (art. 563, Cód. Penal)[88] y el de violación (art. 179, Cód. Penal) eran delitos de propia mano. Sin embargo, en ambos ha admitido más tarde la posibilidad de la coautoría y, en el caso de la violación, inclusive, la autoría mediata[89].

1037. — Para la determinación de cuáles son los tipos en los que se debe admitir un delito de propia mano se han propuesto diversos cri-

[86] En este sentido Roxin, *Täterschaft und Tatherrschaft*, p. 360.

[87] Roxin, *Täterschaft und Tatherrschaft*, p. 401; Jakobs, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, p. 604 y ss.; Maqueda Abreu, *Los delitos de propia mano*, 1992; Choclán Montalvo, en "AP" 1996 (nº 3), p. 39 y siguientes.

[88] Hasta la *STS* del 25/1/85.

[89] Cfr. *STS* del 2/11/94; considerando la violación como delito de propia mano *SSTS* del 31/1/92 y 22/6/94; admitiendo la coautoría las *SSTS* del 14/4/87 y de 11/7/87.

terios[90] —la *"teoría del texto"*[91], que considera posible deducirlo del texto legal; la *"teoría del movimiento corporal*[92], que no se diferencia básicamente de la anterior—. En la actualidad se sostienen diversos criterios:

1. Según un punto de vista se trata de delitos configurados según el criterio del *derecho penal de autor* o de delitos en los que la *autoría está estrechamente vinculada con la realización de la acción y que no implican la lesión de un bien jurídico*[93]. En este sentido se considera que la mayoría de los delitos que actualmente se consideran de propia mano son, en realidad *delitos de infracción de deberes altamente personales* (falso testimonio; abandono del servicio militar, etcétera)[94].
2. También Jakobs estima que son aplicables a estos delitos las consecuencias de los *delitos de infracción de deber*. Desde esta perspectiva se deben considerar delitos de propia mano aquellos "cuyo disvalor de acción no se deduce de la modificación (imputable) que pueden producir, sino de la insuficiencia personal del autor expresada en el acto delictivo"[95].

1038. — En el derecho vigente sólo parece estar fuera de duda como delito de propia mano el de *falso testimonio* (art. 458 y ss., Cód. Penal), que puede ser entendido como un *delito de infracción de un deber personal*[96].

b — Casos de utilización de un instrumento no cualificado

1039. — Estos casos se han considerado tradicionalmente como supuestos de autoría mediata y para ello se modificaba *ad hoc* el con-

90 Un resumen de los mismos en Maqueda Abreu, *Los delitos de propia mano*.
91 Binding, *Strafrechtliche und strafprozessuale Abhandlungen*, t. I, 1915, p. 268.
92 Beling, *Die Lehre vom Verbrechen*, 1906, p. 234 y siguientes.
93 Roxin, en *Leipziger Kommentar*, 10ª ed., 1985, §§ 28, 29 y siguientes.
94 Roxin, en *Leipziger Kommentar*, 10ª ed., 1985, §§ 25, 36.
95 Jakobs, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, p. 605.
96 Otro punto de vista Jakobs, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, p. 605.

cepto de dominio del hecho. La cuestión se presenta en los delitos especiales, en los que sólo puede ser autor un sujeto que tenga la calificación exigida para el delito (por ejemplo, art. 390, Cód. Penal). Quienes poseen tal calificación se designan *intraneus* y los que no la poseen *extraneus*.

1040. — La utilización de un no calificado *(extraneus)*, que obra con dolo, por un calificado *(intraneus)* determina un problema de gran complejidad. Por ejemplo: el funcionario que por medio de un no funcionario hace documentar una constatación falsa. Puede afirmarse que existe acuerdo respecto de la punibilidad del cualificado como autor mediato, que realiza la acción de ejecución por medio de un no-cualificado que obra con dolo, y del "instrumento" que realiza la acción de ejecución en forma directa como partícipe.

1041. — El problema se presenta aquí para la teoría del dominio del hecho, pues el no calificado que obra con dolo y libertad tendría, en principio, el dominio del hecho y sin embargo no puede ser autor por falta de la cualificación legal. La cuestión tiene su repercusión fundamentalmente en materia de accesoriedad. Si ésta depende del dominio del hecho del autor principal, parecería no haber en el caso otra solución que la impunidad, ya que el no cualificado no puede ser autor por falta de la cualificación y el cualificado no puede ser inductor porque la inducción supone la autoría en el inducido.

1042. — Las soluciones actuales son muy variadas en sus fundamentos. Welzel, por ejemplo, explica el dominio del hecho mediante el concepto de "dominio social" derivado de la cualificación del que obra detrás del instrumento[97]. Gallas dice que el cualificado "no tiene dominio sobre la persona del que obra inmediatamente, pero probablemente sí sobre el hecho como totalidad en la medida en que el carácter de delito depende de la cualificación que él posee y del impulso que ha dado al no cualificado"[98]. Jescheck, por su parte, entiende que aquí el dominio del hecho debe construirse normativa y no psico-

97 Welzel, *Das Deutsche Strafrecht*, p. 104.
98 Gallas, *Verbrechenslehre*, p. 102.

lógicamente[99], recurriendo en forma implícita a la teoría de la preponderancia de Hegler: "El influjo jurídicamente dominante del que obra por detrás es decisivo para la autoría". Stratenwerth piensa que se trata de una "forma mixta de roles de participación impune en la que se suman elementos de la autoría y de la inducción"[100].

1043. — Todas estas propuestas han quedado fuera de consideración como consecuencia del desarrollo dogmático de los *delitos de infracción de deber*[101]. En estos delitos se modifica el régimen de la accesoriedad, de tal manera que la acción del partícipe no depende del dominio del hecho y del dolo del autor (en estos casos, el cualificado), sino de la infracción del deber del cualificado, *cualquiera* que sea la posición en la que éste actúe, dado que toda actuación que signifique infracción de deber es suficiente para la autoría. En el ejemplo del funcionario que hace documentar una constatación falsa por un no-funcionario (por ejemplo, una inscripción falsa en el Registro de la Propiedad), el hecho principal es la infracción del deber del funcionario y el accesorio el del no-cualificado. Aceptado este criterio, sin embargo, las opiniones no son coincidentes. Por un lado se sostiene que el funcionario es autor mediato, dado que infringe su deber[102]. Por otro, sin embargo, se piensa que "el *extraneus* (...) ejecuta la acción, pero no es autor de un delito a causa de su carencia de cualificación, y el *intraneus* (...) no lo comete como autor, sino que simplemente participa"[103]. El primer punto de vista es el correcto, dado que la infracción del deber determina la autoría del cualificado.

c — Casos de utilización de un instrumento que obra dolosamente, pero sin elemento subjetivo de la autoría

1044. — Se trata de una problemática considerada similar en el caso del que realiza la acción ejecutiva dolosamente pero sin tener el

99 Jescheck, *Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil*, § 62, II, 7.

100 Stratenwerth, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, nº 793 y siguientes.

101 Cfr. Roxin, en *Leipziger Kommentar*, §§ 25, 91 y ss.; Jakobs, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, p. 650.

102 Roxin, en *Leipziger Kommentar*, §§ 25, 91.

103 Jakobs, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, p. 650.

elemento subjetivo requerido por el tipo (por ejemplo, ánimo de lucro en el hurto —art. 234, Cód. Penal—), mientras que el que obra por detrás lo hace con ese elemento subjetivo. Por ejemplo[104]: el dueño de un campo, con ánimo de apropiación de cosas ajenas, deja que su criado, que obra conociendo todas las circunstancias de hecho, impulse hacia su corral junto con las propias gallinas las de su vecino (¿hurto del criado e inducción del titular del campo o hurto en autoría mediata del dueño?).

1045. —Desde el punto de vista de la teoría del dominio del hecho, estos casos ofrecen la siguiente dificultad: el que obra con dominio del hecho (dolosamente) carece del elemento subjetivo de la autoría (voluntad de apropiarse = ánimo de lucro), razón por la cual no puede ser autor. El que obra por detrás tiene el elemento subjetivo de la autoría, pero carece del dominio del hecho. Si la autoría depende de la conjunción de ambos elementos en la misma persona, parecería que ninguno de los dos ha obrado como autor. La inducción del que obra por detrás queda a su vez excluida porque el otro no es autor.

1046. —La teoría ha dado aquí soluciones muy diferentes. Por un lado se equipara este caso al de los delitos especiales que acabamos de tratar, sea afirmando un "dominio social" del hecho en el que obra por detrás con el elemento subjetivo[105], sea postulando la no punibilidad de estos hechos por constituir "formas mixtas de participación" no punibles[106].

1047. —Por otra parte, se rechaza la autoría mediata por estimarse que en este supuesto no hay hurto sino apropiación indebida[107]; esta solución no es compatible con el derecho español, porque carece de un texto similar al del § 246 del Cód. Penal alemán. Sin embargo,

[104] Cfr. Stratenwerth, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, nº 800; Welzel, *Das Deutsche Strafrecht*, p. 104; Samson, en *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, §§ 25, 34.

[105] Welzel, *Das Deutsche Strafrecht*, p. 105; Jescheck, *Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil*, p. 545: "dominio del hecho normativo".

[106] Stratenwerth, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, nº 801.

[107] Schmidhäuser, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, p. 528.

también se admite autoría por parte del que obra dolosamente sobre la base del principio del dominio del hecho en virtud de una interpretación del elemento subjetivo del hurto; a su vez, el que obra por detrás sería inductor[108].

1048. — En realidad, la solución del problema depende de la interpretación de los elementos subjetivos del hurto. Si se admite el criterio de la jurisprudencia, que identifica el ánimo de lucro con el *animus rem sibi habendi,* de apreciar cuándo el agente quiere las cosas para entregarlas a otro, la cuestión deja de ser problemática[109].

— § 79 —

PARTICIPACION EN SENTIDO ESTRICTO

a — Fundamento de la punibilidad del partícipe

1049. — Condición esencial de la participación es que el partícipe no haya realizado la acción típica. Esta delimitación negativa no debe entenderse en un sentido formal, sino material: es preciso que el partícipe no haya tenido el dominio del hecho o no haya estado obligado por el deber especial en los delitos de infracción del deber.

1050. — Las formas, como se vio, fueron caracterizadas como "fundamentos de extensión de la pena" (M. E. Mayer) o del tipo penal (Zimmerl). Esto significa que la participación no da lugar a un tipo autónomo, a un delito en sí, sino a un "tipo de referencia" o "concepto de referencia". No es posible la participación si no se la conecta a un hecho punible cuyo autor es otro, distinto del partícipe. La extensión de cualquiera de los tipos de la Parte Especial a otras conductas que no son su comisión misma sólo es posible mediante el dispositivo téc-

[108] Roxin, *Täterschaft und Tatherrschaft*, p. 341 y siguientes.

[109] Jakobs, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, p. 649, que considera que si uno de los partícipes conoce que otro actúa con el elemento subjetivo de la autoría, debe ser considerado autor.

nico que proporcionan las reglas referidas a la participación en sentido estricto (inducción y complicidad).

De esta manera se rechazan las teorías que tienden a concebir la participación con una cierta autonomía[110].

En la adopción de una u otra tesis está en juego el fundamento que se otorgue a la participación.

1 — Teoría de la culpabilidad de la participación

1051. — Para ella el fundamento de la punibilidad de la participación reside en la culpabilidad del partícipe respecto de la corrupción del autor, en otras palabras, en la influencia de aquél en éste, de lo que se deriva su culpabilidad y su pena[111]. De esta manera la medida de la culpabilidad del partícipe depende de la existencia y medida de la culpabilidad del autor.

La teoría es comúnmente rechazada en la medida en que no se compagina con un sistema legislativo en el que la culpabilidad del partícipe es independiente de la del autor[112].

2 — Teoría de la causación

1052. — El punto de partida de esta teoría es la incidencia causal del partícipe en la realización del hecho. La circunstancia de que el aporte causal de aquél se analice a través del autor determina su mayor distancia respecto del resultado y, por lo tanto, su menor punibilidad. Si lo esencial es el aporte causal, la tipicidad de la conducta del autor desaparece como requisito y, en consecuencia, la participación se convertiría en un delito autónomo, es decir, perdería su naturaleza accesoria[113].

[110] Cfr. Massari, *Il momento esecutivo del reato*, § 70; y en la dogmática alemana: Schmidhäuser, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, p. 497 y ss.; Lüderssen, *Zum Strafgrund der Teilnahme*, 1967.

[111] Mayer, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 1967, p. 155.

[112] Jescheck, *Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil*, p. 557; Stratenwerth, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, nº 850; Rudolphi, en "ZStW" 78, p. 94; Samson, en *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, § 26, nº 5; Schmidhäuser, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, p. 534.

[113] Lüderssen, *Zum Strafgrund der Teilnahme*, p. 119 y ss.; Maurach, *Deutsches Strafrecht, Allgemeiner Teil*, § 50, III, D.

También esta teoría es insostenible en el derecho vigente porque choca con el requisito de la dependencia o accesoriedad del hecho del partícipe de otro principal[114].

3 — Teoría de la participación en lo ilícito[115]

1053. — La participación consiste, según ella, en la violación de la prohibición de impulsar o apoyar otro hecho prohibido. Tal prohibición está contenida en las disposiciones particulares de la participación y no en las normas de la Parte Especial. La participación está dirigida a la lesión del mismo bien jurídico que el hecho principal[116].

b — Accesoriedad de la participación

1054. — La accesoriedad de la participación presupone tomar parte en un hecho ajeno. Por ello, tiene carácter accesorio. Accesoriedad de la participación quiere decir, entonces, dependencia del hecho de los partícipes respecto del hecho del autor o los autores. La cuestión requiere ser analizada en dos sentidos distintos: en primer lugar, desde el punto de vista del grado de realización que debe haber alcanzado el hecho principal; en segundo lugar, desde el punto de vista de los elementos del hecho punible que se deben dar en este último.

1 — Dependencia del grado de realización

1055. — La participación punible presupone que el hecho principal haya alcanzado, por lo menos, el nivel de la tentativa, es decir, al menos el principio de ejecución. Por esta razón la conspiración, proposición y provocación del art. 17 del Cód. Penal son, en realidad, tipos penales independientes, en los que se sancionan actos preparatorios de otros delitos.

114 Samson, en *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, § 26, nº 8.

115 Welzel, *Das Deutsche Strafrecht*, p. 112; Stratenwerth, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, nº 858.

116 Stratenwerth, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, nº 858.

1056. —El desistimiento de la tentativa no afecta a la punibilidad del partícipe que no haya desistido (art. 16.3, Cód. Penal). Esto es consecuencia del carácter personal de la excusa absolutoria sobreviniente de desistimiento.

2 —Dependencia de los elementos del hecho punible

1057. —El grado de dependencia de los elementos del hecho punible del delito ejecutado por el autor principal da lugar a distintas posibilidades[117]:

a) Accesoriedad mínima. El hecho principal sólo requiere ser típicamente adecuado.
b) Accesoriedad limitada. El hecho principal debe ser típico y antijurídico.
c) Accesoriedad extrema. El hecho principal debe ser típico, antijurídico y culpable.
d) Hiperaccesoriedad. Las circunstancias personales agravantes o atenuantes del autor del hecho principal también benefician o perjudican al partícipe.

1058. —La opinión dominante entiende que debe regir el sistema de accesoriedad limitada: el hecho principal debe ser típico y antijurídico; la culpabilidad de cada partícipe, en cambio, es individual.

1059. —En principio, la accesoriedad mínima está excluida, pues un hecho típico solamente no es antijurídico cuando concurre una causa de justificación y ello excluye toda consecuencia jurídica del hecho. Por lo tanto, un hecho justificado pero típico no puede dar lugar a una participación punible.

3 —La cuestión de la dependencia del dolo del hecho del autor principal

1060. —Una de las cuestiones más debatidas de la accesoriedad es la de la dependencia del hecho del partícipe del dolo del autor del

[117] Mayer, *Der Allgemeine Teil des deutschen Strafrechts*, p. 391; Bockelmann, *Strafrechtliche Untersuchungen*, p. 31.

hecho principal. Este punto no depende de la forma en que se fundamenta la accesoriedad limitada ni tampoco de la fundamentación de la punibilidad de la participación *stricto sensu*. La cuestión es independiente inclusive del concepto de acción (finalista o no)[118].

1061. — La dependencia del dolo del autor del hecho principal en la instigación o inducción está impuesta por la propia naturaleza de ésta. Instigar o inducir es crear en otro la decisión al hecho antijurídico: "inducir" (art. 28.2,*a*, Cód. Penal) directamente a otro a la comisión[119]. Lo mismo ocurre con la cooperación y la complicidad. Sólo es posible en relación con un hecho principal en el cual el autor tenga el dominio del hecho, lo que sin dolo no es posible[120].

En la dogmática española requieren también el dolo en el hecho de autor principal: Cerezo Mir, Córdoba Roda, Suárez Montes y Gimbernat Ordeig[121]. La exigencia de un hecho principal doloso es cuestionada en el marco de los delitos de infracción de deber, pues se piensa que el dolo del que infringe el deber es irrelevante[122].

4 — La accesoriedad de la participación y la responsabilidad por el hecho

1062. — La accesoriedad limitada requiere como hecho principal una acción típica (dolosa) y antijurídica, sin exigir que sea culpable; la culpabilidad del autor y la de cada partícipe son individuales e independientes. La teoría dominante deduce de aquí que las causas de inculpabilidad, que son parte del concepto de culpabilidad, sólo tie-

118 Gimbernat Ordeig, *Introducción a la parte general del derecho penal español*, p. 148.

119 Cfr. Bacigalupo, *Culpabilidad, dolo y participación*; López Barja de Quiroga, *Autoría y participación*, p. 135. No tiene en cuenta el texto legal la elaborada propuesta de B. Feijoo Sánchez, en "CPCr." 62 (1997), ps. 303 y ss. y 319 y siguientes).

120 Welzel, *Das Deutsche Strafrecht*, p. 119; Stratenwerth, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, nº 895; Otto, *Grundkurs Strafrecht, Allgemeine Strafrechslehe*, t. I, p. 268; Bockelmann, *Strafrechtliche Untersuchungen*, p. 39; Jescheck, *Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil*, ps. 534 y 562; Schmidhäuser, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, p. 534.

121 Cfr. Gimbernat Ordeig, *Introducción a la parte general del derecho penal español*; probablemente también Quintero Olivares, *Introducción al derecho penal. Parte general*, p. 260; otro punto de vista: Cobo del Rosal - Vives Antón, *Derecho penal*, t. III, p. 344.

122 Roxin, *Täterschaft und Tatherrschaft*, p. 367 y siguientes.

nen, consecuentemente, incidencia en la responsabilidad individual de cada partícipe: la inducción o la complicidad en un hecho principal cometido por el autor en una situación de necesidad en la que colisionan intereses de igual jerarquía, por ejemplo, sería punible, a pesar de la no punibilidad del autor por hallarse excluida su culpabilidad.

1063. — De la teoría de la responsabilidad por el hecho se dedujo que, siendo las llamadas por la doctrina dominante causas de inculpabilidad ajenas al concepto de culpabilidad, la participación en los casos en que se excluye la responsabilidad por el hecho no debía ser punible[123].

1064. — Desde el punto de vista que hemos sostenido, las causas que excluyen la responsabilidad por el hecho no tienen una extensión uniforme respecto de los partícipes. En consecuencia, sólo el estado de necesidad (no justificante) debe extenderse también a ellos, siempre y cuando la acción del partícipe revele un grado de solidaridad socialmente comprensible con respecto al autor. Este grado de solidaridad sólo deberá apreciarse cuando los bienes jurídicos afectados del tercero no sean fundamentales. En este sentido, el estado de necesidad debe experimentar una considerable limitación respecto de los bienes jurídicos. Por lo tanto, el estado de necesidad excluyente de la responsabilidad por el hecho sólo deberá extenderse a los casos en que el bien jurídico de un tercero afectado por el mismo no sea ni la vida, ni el cuerpo, ni la libertad.

5 — Las excepciones de la accesoriedad limitada (influencia de las "relaciones, circunstancias y calidades personales" o de las circunstancias agravantes o atenuantes que consisten en la "disposición moral del delincuente")

1065. — El art. 65 del Cód. Penal establece que las agravaciones o atenuantes de la pena que provengan de circunstancias especiales del autor no se extienden a los partícipes. A tal fin, el legislador ha distinguido entre circunstancias agravantes y atenuantes que "consistieren en la disposición moral" del autor, "en sus relaciones parti-

123 Maurach, *Deutsches Strafrecht, Allgemeiner Teil*, ps. 381 y 721; en idéntico sentido: Maurach - Gössel - Zipf, *Deutsches Strafrecht, Allgemeiner Teil*, t. II, p. 284.

culares con el ofendido o en otra causa personal", de efecto puramente personal, y las que "consistieren en la ejecución material del hecho o en los medios empleados para realizarla", que sólo tienen efecto agravante o atenuante si son conocidas por el partícipe.

1066. — Como se ve, el Código Penal no hace referencia a las circunstancias que fundamentan la punibilidad. En la jurisprudencia esta cuestión ha sido planteada por los *delitos especiales propios.* El Tribunal Supremo ha considerado en su jurisprudencia más moderna que el partícipe no cualificado en un delito especial propio (por ejemplo, prevaricación) es punible con una pena de dicho delito atenuada por la vía del art. 21.6ª[124].

La jurisprudencia ha entendido —con razón— que el precepto del art. 65 se refiere tanto a las circunstancias genéricas (arts. 21 y 22, Cód. Penal) como a las contenidas en los delitos particulares[125].

1067. — Por otra parte, el citado precepto rige para elementos que no correspondan a la culpabilidad, ya que éstos están excluidos de la accesoriedad por el principio de la accesoriedad limitada. El párr. 2° del art. 65, que se refiere a las "circunstancias agravantes y atenuantes que consistieren en la ejecución material del hecho", no distingue entre las que fueran de carácter personal y las que no tuvieran esa naturaleza. Por lo tanto, no hace sino repetir una regla referente al dolo, es decir, al conocimiento de los elementos del tipo objetivo. Como tal, es una disposición superflua.

1068. — La distinción requerida por la aplicación del párr. 1° del art. 65 no es en modo alguno fácil: la alevosía, por ejemplo, se refiere tanto a la disposición moral del autor como a la ejecución, pues importa el quebrantamiento de una relación especial de confianza que es la base del tipo penal, pero también un aprovechamiento de la in-

[124] Choclán Montalvo, *Individualización judicial de la pena*, 1997, p. 123 y ss. con una reseña amplia de las *SSTS*; Moreno y Bravo, *Autoría en la doctrina del Tribunal Supremo (coautoría mediata y delitos impropios de omisión)*, p. 93 y siguientes.

[125] *STSS* del 5/10/12; 21/1/54; 16/6/55; cfr. Córdoba Roda - Rodríguez Mourullo, *Comentarios al Código Penal*, t. II, p. 251 y ss. Otro punto de vista, al menos para el n° 1 del art. 65, Peñaranda Ramos, *La participación en el delito y el principio de accesoriedad*, 1990, p. 349 y siguientes.

defensión, por lo que afecta también a la "ejecución material". Aquí cabría recurrir, con toda la inseguridad que la fórmula tiene, a la distinción entre elementos vinculados al hecho y elementos vinculados al autor, limitándose la aplicación del art. 65.1, a los segundos. Es decir: en cada circunstancia habrá que decidir si se trata de una circunstancia que revela predominantemente una disposición del autor o una mayor o menor gravedad del hecho.

1069. —La jurisprudencia ha operado, en este sentido, con la distinción entre *circunstancias objetivas y subjetivas*, que en los resultados vienen a significar lo mismo que la distinción entre circunstancias vinculadas al autor y vinculadas al hecho. En efecto, las circunstancias objetivas se deben regir por el art. 65.2 y, por lo tanto comunican sus efectos al partícipe que las conoce, mientras las subjetivas sólo son de apreciar en aquel en el que concurren (no se comunican al partícipe, *aunque las haya conocido*). Sin embargo, lo cierto es que la distinción de las circunstancias en objetivas y subjetivas es conceptualmente confusa, dado que la mayoría de las circunstancias tienen, en principio, elementos objetivos y subjetivos. La decisión, por ejemplo, sobre si la circunstancia agravante del art. 22.3ª ("ejecutar el hecho mediante precio, recompensa o promesa") es objetiva o subjetiva (apoyada en la motivación que dichos elementos revelan) es prácticamente irrealizable. Ejemplo acabado de estas dificultades se percibe también en el caso de la *alevosía* (art. 22.1ª, Cód. Penal) en el que la jurisprudencia ha terminado (luego de inclinarse alternativamente por el carácter objetivo y subjetivo) por afirmar su "naturaleza mixta", pero destacando un predominio del aspecto objetivo, del que se ignora en qué se fundamenta[126].

1070. —En lo que se refiere a las relaciones personales con el ofendido que agravan o atenúan la penalidad, su aplicación ofrece menos dificultades; en realidad, *"el ofendido"* es siempre el titular del bien jurídico y ello determina que, en los delitos especiales impropios en los que el fundamento de la agravación es la relación personal con aquél, la consecuencia práctica sea que el partícipe no cualificado deba ser punible por el delito común (por ejemplo: el autor de lesiones

126 Cfr. *SSTS* del 28/2/90 y 12/7/90 entre muchas otras.

del art. 153 será punible con la pena prevista por este artículo, mientras que el que no es cónyuge o padre —en su caso, madre— que haya intervenido en el hecho será sancionado por el delito o la falta común), lo que es una solución correcta.

1071. — Poco claro es el significado de la expresión *"otra causa personal"*, que en realidad no quiere decir sino que toda agravación o atenuación con fundamento personal (como los dos supuestos anteriores) debe considerarse de efecto exclusivamente personal.

1072. — Las opiniones se dividen respecto de lo que debe entenderse por *"culpables en quienes concurran"*. La cuestión tiene importancia, sobre todo, en los delitos especiales impropios en los que el cualificado *(intraneus)* se vale de un no cualificado *(extraneus)* que realiza el hecho de propia mano. El Tribunal Supremo considera que "culpable" no se debe entender como 'autor' en sentido estricto sino como 'partícipe' en general[127]. Probablemente llegaría al mismo punto de vista Córdoba Roda[128]. Por el contrario hay quienes sostienen que esta solución no es correcta[129] y se pronuncian en contrario.

1073. — Ambos criterios disputan en torno al alcance del art. 65[130] y, en verdad, todo depende de lo que debe entenderse por la expresión *"culpables"*. Quienes rechazan el punto de vista del Tribunal Supremo presuponen que "culpables" debe significar *autores en sentido estricto*. A nuestro modo de ver el criterio del Tribunal Supremo es preferible, pues permite una aplicación sin fricciones del art. 65, en la medida en la que deja abierta la cuestión de si la circunstancia concurrente en el partícipe es personal o no; esto sólo puede ser decidido a la luz del caso concreto.

127 Cfr. *SSTS* del 18/5/1894; 18/11/30; 25/10/54.

128 Córdoba Roda, en Córdoba Roda - Rodríguez Mourullo, *Comentarios al Código Penal*, t. II, p. 255.

129 Gimbernat Ordeig, *Autor y cómplice en el derecho penal*, ps. 272, 291 y ss.; Quintero Olivares, *Los delitos especiales y la teoría de la participación*, 1974, p. 49 y siguientes.

130 Rodríguez Devesa, *Derecho penal español. Parte general*, p. 771. Asimismo: Peñaranda, *La participación en el delito y el principio de accesoriedad*, 1990, p. 336 y siguientes.

—§ 80—
La inducción

1074. —Inductor es el que determina directamente a otro a cometer un hecho punible. En otras palabras, instigar es crear en otro (el autor) la decisión de cometer el hecho punible (dolo). Esto significa que el instigado debe haber formado su voluntad de realizar el hecho punible como consecuencia directa de la acción del inductor. La inducción a un delito que el autor ya decidió cometer *(omnimodo facturus)* es, por lo tanto, imposible. En tal caso sólo queda por analizar si puede tratarse de una tentativa punible de instigación.

1075. —Los medios por los cuales se crea en otro el dolo del hecho *son indiferentes*. Son medios adecuados tanto los beneficios prometidos o acordados al autor como la coacción u otra amenaza, mientras el autor, naturalmente, no pierda el dominio del hecho, pues en este caso estaríamos ante un supuesto de autoría mediata. De cualquier modo, se requiere en todos los casos una concreta influencia psicológica. El simple crear una situación exterior para que otro se decida al delito no es suficiente.

1076. —La inducción requiere siempre una conducta activa; la inducción por omisión no es en general admisible[131]. No se requiere, por lo demás, que el inductor haya tenido que vencer una determinada resistencia por parte del autor[132].

1077. —El instigador debe obrar dolosamente; el dolo eventual es suficiente. Vinculado con esa cuestión se encuentra el problema del llamado *"agente provocador"*: el que induce con el objeto de hacer incurrir a otro *no en la consumación, sino sólo en tentativa,* es considerado como no punible, pues la inducción —se dice— requiere una voluntad dirigida a la lesión del bien jurídico. En la doctrina esta exigencia se manifiesta en el llamado *doble dolo de la inducción*, por el

[131] Baumann, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, p. 578; Kaufmann, Armin, *Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte*, p. 291 y ss.; Roxin, *Täterschaft und Tatherrschaft*, p. 484; Jescheck, *Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil*, p. 562; Samson, en *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, § 26, 40.

[132] Cfr. Baumann, *Strafrecht, Allgemeiner Teil.*

cual el inductor debe haber querido no sólo la realización de la acción, sino la *consumación* del hecho. En los delitos de tenencia (de armas o de drogas) se requiere que el "segundo" dolo alcance al *agotamiento* del delito. Consecuentemente, si el agente provocador contempla la posibilidad de que la acción del provocado alcance la consumación e, inclusive, una irreparable lesión del bien jurídico, habrá que admitir inducción punible[133] pues habrá existido, al menos, dolo eventual. Por ejemplo: "A" induce a "B" para que presente al banco "X", del que el mismo "A" es gerente, una solicitud de crédito en la que "B" hace una afirmación de bienes que es falsa; cuando "B" realiza la tentativa de estafa, "A" lo denuncia. No importa la manera en que "A" llegó a tener conocimiento de los planes de "B"; incluso se pudo haber enterado de la preparación del hecho por el mismo "B". Sólo es esencial que "B" se haya decidido por la inducción de "A", o que no haya estado decidido antes. El agente provocador no es, por tanto, punible. La punibilidad del agente provocador sólo se podría fundamentar en la teoría de la participación en la culpabilidad.

1078. —En un delito como la estafa (art. 248, Cód. Penal) la inducción podría determinar un supuesto de tentativa inidónea por parte del instigado. Pero, dado que ésta es punible, no se explica modificación alguna respecto de la solución propiciada[134].

1079. —La voluntad del inductor debe estar dirigida a la provocación de un delito concretamente determinado; una inducción indeterminada es insuficiente para justificar la punibilidad. Sin embargo, no se requiere una total precisión jurídica del hecho. Basta con que el inductor haya determinado dentro de sus rasgos fundamentales el hecho al que induce. Las conductas que realizan el tipo de delito al que indujo el inductor son, en este sentido, suficientes, aun

133 Así, Baumann, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, p. 577; Maurach, *Deutsches Strafrecht, Allgemeiner Teil*, p. 686; Maurach - Gössel - Zipf, *Deutsches Strafrecht, Allgemeiner Teil*, t. II, p. 240; Jescheck, *Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil*, p. 560; Otto, *Grundkurs Strafrecht. Allgemeine Strafrechtslehre*, t. I, p. 267; Schmidhäuser, *Strafrechts, Allgemeiner Teil*, p. 155 y ss.; Stratenwerth, *Strafrechts, Allgemeiner Teil*, nº 839; Jiménez de Asúa, *La ley y el delito*, p. 508.

134 Otro punto de vista: Rodríguez Mourullo, en Córdoba Roda - Rodríguez Mourullo, *Comentarios al Código Penal*, t. I, p. 855.

cuando puedan presentarse variedades en la modalidad de ejecución no previstas por aquél.

1080. — El dolo del inductor debe estar dirigido también a uno o varios *sujetos asimismo determinados*. Es admisible una cadena de inducciones. Por ejemplo: "A" se dirige a "B" para que éste determine a "C" a matar a "D".

1081. — El autor principal debe por lo menos haber comenzado la ejecución del hecho. De no ser así la inducción permanece impune como tal, aunque cabe su punibilidad como *tentativa de inducción* según el art. 17.2 y el art. 18.2 del Código Penal.

1082. — El inductor no responde por el exceso en que incurra el instigado, lo cual se deriva del principio de culpabilidad. La opinión contraria sólo puede fundamentarse en el *versare in re illicita*, es decir, en una violación del principio de culpabilidad.

1083. — En relación con el exceso del autor inducido es conveniente tratar aquí tres supuestos diferentes:

a) El autor realiza un tipo penal que contiene los mismos elementos que el delito inducido, pero además otros que determinan una mayor punibilidad (llamado exceso intensivo o cualitativo). Por ejemplo: "A" induce a "B" a apoderarse de una cosa mueble de "C". Cuando "B" concurre a ejecutar el hecho se encuentra con que la cosa ha sido guardada bajo llave: rompe la cerradura y se apodera de aquélla (inducción a un hurto —art. 234, Cód. Penal— y comisión de un robo —arts. 237 y 238, Cód. Penal—). La fuerza en las cosas no es imputable al inductor, que responde solamente por inducción al hurto[135].

[135] Sobre estos casos existen diversas fundamentaciones en la doctrina española. Peñaranda, *Concurso de leyes, error y participación en el delito*, 1990, p. 162, entiende que una fundamentación de la solución que se expone en el texto (con la que su solución coincide), se puede extraer de las reglas del concurso de leyes, a las que asigna una naturaleza personal. Gimbernat, en "Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales", 1992, estima que la solución es posible a través de las reglas del error. Prácticamente en el sentido de Gimbernat - Gómez Rivero, *La inducción a cometer delito*, 1995, p. 483 y ss. La discusión entre Peñaranda y Gimbernat tiene como telón de fondo la cuestión de si el ro-

b) Distinta es la hipótesis cuando no existe entre el delito instigado y el delito cometido una relación *minus-plus*, pero sí una *cierta semejanza*. Esta puede provenir del modo de comisión o del bien jurídico protegido[136]. Por ejemplo: se induce a la comisión de una estafa (arts. 248 y ss., Cód. Penal) mientras el autor comete una extorsión (art. 243, Cód. Penal). También aquí el autor será punible por el delito cometido y el inductor por el que instigó.

c) Si el delito que resulta cometido por el autor es sustancialmente diverso del inducido, el inductor no es responsable por él.

1084. — Lo contrario del exceso es el caso en que el autor cometa un hecho menos grave que el inducido. Se instiga un robo y se comete un hurto, o un homicidio y se cometen unas lesiones. En estos supuestos debe beneficiarse al inductor reduciendo su responsabilidad al hecho realmente realizado por el autor.

— § 81 —

LA COOPERACION Y LA COMPLICIDAD

1085. — Cooperador o cómplice, en sentido amplio, es el que dolosamente coopera en la realización de un delito doloso. Como se ha visto, el Código Penal distingue entre cooperadores necesarios (art. 28, *b*) y cómplices en sentido estricto (art. 29), según que la aportación al hecho sea necesaria o no para su realización.

a — Conceptos comunes

1086. — La cooperación prestada puede consistir tanto en hechos como en consejos. La aportación, en consecuencia, no debe ser de manera necesaria materialmente causal.

---

bo y el asesinato son o no tipos autónomos o si respecto de los elementos que los diferencian se deben aplicar las reglas del art. 65 CP.

136 Baumann, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, p. 581 y siguientes.

1087. — La cooperación debe ser dolosa. El cómplice debe saber que presta una aportación a la ejecución de un hecho punible.

Dicha aportación debe ser "co-causal" respecto del hecho del autor principal. Sin embargo, no se trata, como se dijo, de una causalidad en el sentido de la teoría de la condición: rigen aquí las reglas de la imputación objetiva y ello da lugar al problema de si deben imputarse objetivamente al cómplice las circunstancias causadas antes de su participación[137]. En consecuencia, una complicidad por omisión no podría darse si se sostiene que el omitente no es causal respecto del resultado[138]. Sin embargo, teniendo en cuenta que la co-causación no se debe juzgar desde puntos de vista estrictamente causales, la omisión también puede ser una forma de cooperación cuando haya tenido por efecto facilitar la comisión del hecho.

1088. — La diferente importancia al hecho principal determina, a su vez, diferencias en el grado de responsabilidad del partícipe (arts. 28.*b* y 29, Cód. Penal). El límite de tal responsabilidad está dado por el alcance del dolo. El cooperador responde hasta donde se extiende su voluntad. Por último, el hecho en el que el cooperador colabora debe ser doloso: no hay cooperación punible en los delitos culposos.

b — El cooperador necesario

1089. — El cooperador necesario es el que en la etapa de preparación del hecho principal aporta al mismo una contribución sin la cual el delito no hubiera podido cometerse (art. 28,*b*, Cód. Penal).

1090. — Dos elementos caracterizan esta forma de complicidad:

1. La intensidad objetiva de su aportación al delito: sin él el hecho no se hubiera podido cometer.
2. El momento en que realiza la contribución: quien pone una condición sin la cual el delito no hubiera podido cometerse sólo

137 Samson, en *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, §§ 26, 32.

138 Kaufmann, Armin, *Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte*, p. 291 y ss.; Welzel, *Das Deutsche Strafrecht*, p. 119; Jescheck, *Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil*, p. 566.

será punible según los arts. 28, *b*) y 62 del Cód. Penal si no toma parte en la ejecución, sino sólo en la *preparación* del hecho. Si intervino en la ejecución sería coautor pues, con una aportación decisiva, hubiera tenido el dominio del hecho. Por ejemplo: el director de un banco que brinda a los autores antes de la ejecución la combinación de la caja fuerte, que éstos utilizarán en la ejecución del asalto, es cooperador necesario. Si, en cambio, el gerente concurre con los autores a la ejecución del hecho y abre la caja, aprovechando su conocimiento de la clave, será coautor, pues habrá tenido el dominio del hecho hasta el final.

c — El cómplice (art. 29, Cód. Penal)

1091. — El cómplice (art. 29, Cód. Penal) sólo es caracterizable negativamente; es el que ha prestado una colaboración *que no es indispensable* para la comisión del delito.

1092. — La única distinción que corresponde hacer entre los cómplices es la relativa a su aportación al hecho principal y al momento de la participación, que son presupuestos para determinar la pena aplicable.

Desde el punto de vista del momento de la aportación de los cómplices, sólo cabe señalar que puede darse tanto en la etapa de preparación como en la etapa de ejecución. No hay —como se dijo— una complicidad posterior a la consumación, ni siquiera cuando se cumple una promesa anterior al delito: lo que determina la complicidad es la promesa anterior. Si esta promesa no tuvo incidencia en el hecho no habrá complicidad, pero si la tuvo habrá complicidad, aun cuando luego no se cumpla. El que promete asegurar y guardar el botín a quienes han decidido un robo es cómplice si los autores han contado con esa ayuda para la comisión del hecho, aun cuando éste quede en tentativa y no haya luego botín a asegurar y, por lo tanto, falte la posibilidad de cumplir la promesa.

Capítulo XII

La imputación en los delitos omisivos

—§ 82—

INTRODUCCION

1093. —El derecho penal distingue los tipos penales según que se expresen en la forma de infracción de una prohibición de hacer o en la forma de desobediencia a un mandato de acción. En el primer caso se trata de delitos de comisión; en el supuesto segundo, de delitos de omisión. Lógicamente, es posible que todos los delitos de comisión se expresen en la forma de delitos de omisión, así como también que estos últimos sean expresados en forma de prohibición de acciones; en los delitos de comisión se sanciona la omisión de otras acciones que hubieran sido las adecuadas al derecho y asimismo en los de omisión se sanciona la realización de una acción que no es la ordenada por el derecho.

Si el legislador expresa su voluntad en una forma u otra es por razones prácticas, pero no por fundamentos que vayan más allá[1]. En verdad, tanto en los delitos de comisión como en los de omisión se trata del sentido que tiene un determinado comportamiento; la prohibición y el mandato de acción se refieren por razones prácticas a distintos aspectos del hecho que expresan su sentido en relación al orden jurídico: en la prohibición, al comportamiento activo (delitos de comi-

[1] Bacigalupo, *Delitos impropios de omisión*, 1970, p. 110 y ss.; otro punto de vista: Kaufmann, Armin, *Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte*, 1970, p. 3 y ss.; Jakobs, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 2ª ed., 1991, p. 776.

sión); en el mandato de acción, a lo que al comportamiento que debería haber tenido lugar (delitos de omisión)[2].

1094. — Los códigos penales contienen delitos que sólo se pueden cometer omitiendo la realización de una acción, o sea, realizando un comportamiento distinto del ordenado por la norma —por ejemplo, la omisión de denunciar ciertos delitos (art. 450, Cód. Penal); la omisión de socorro (art. 195, Cód. Penal)—.

Sin embargo, contienen además preceptos que equiparan en su texto la realización de un hecho con la omisión de otro —por ejemplo, el delito de colaboración en el quebrantamiento de condena (arts. 470 y 471, Cód. Penal)—.

1095. — Fuera de estos casos la teoría y la jurisprudencia reconocían una categoría de omisiones que no estaba tipificada expresamente y que consistía en la no evitación de una lesión de un bien jurídico cuya vulneración estaba sólo protegida frente a acciones positivas (por ejemplo, delito de homicidio). Estos casos se designaron como delitos impropios de omisión o de comisión por omisión y se sancionaban según las penas previstas para el correspondiente delito de comisión. La constitucionalidad, es decir, la compatibilidad de esta categoría con el principio de legalidad, no estaba totalmente fuera de duda[3]. Para resolver esta cuestión se introdujo el art. 11 del Código Penal.

— § 83 —

LA DISTINCION ENTRE ACCION Y OMISION

1096. — La circunstancia de que todo el que omite cumplir un mandato de acción a la vez realiza otro comportamiento da lugar a la problemática de la distinción entre acción y omisión. Los ejemplos son clásicos: el fabricante de pinceles que entrega pelos de cabra a

[2] Bacigalupo, *Delitos impropios de omisión*, p. 110 y ss.; Silva Sánchez, *Delito de omisión. Concepto y sistema*, 1986.

[3] Naucke, *Strafrechts, eine Einführung*, p. 290 y ss.; Jescheck, *Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil*, p. 493.

sus obreros sin desinfectarlos, o el farmacéutico que expende un medicamento sin requerir la receta médica[4]. Desde un primer punto de vista, no importa la configuración exterior del hecho sino la dirección del reproche jurídico. Pero este criterio resulta evidentemente falso: para poder saber qué dirección tiene el reproche jurídico es preciso interpretarlo; pero para aplicarlo, y de ello se trata aquí, es necesario saber si el hecho es una acción o una omisión. La dirección del reproche jurídico, por lo tanto, dirá si una disposición penal se refiere a una acción o a la omisión de la misma, con lo que no se habrá rozado siquiera el problema de si el farmacéutico del ejemplo realizó un acto positivo (la entrega del medicamento) o una omisión (no exigir la receta que le hubiera permitido saber del respaldo del médico)[5].

1097. — En la actualidad se ha impuesto un criterio diverso. Jescheck lo denomina criterio de la causalidad: "Si alguien ha causado el resultado mediante un hecho positivo objetivamente adecuado al tipo, éste será el punto de vinculación decisivo para el derecho penal"[6]. Sólo en la medida en que se pueda descartar la antijuridicidad (por la justificación) y la culpabilidad (por cualquiera de los fundamentos que la excluyen) cabrá preguntarse si el autor "ha omitido un hecho positivo esperado mediante el cual hubiera evitado el resultado"[7]. En los ejemplos de los que hemos partido, la aplicación de este criterio conduce a la afirmación de una acción. El entregar pelos de cabra a los obreros y el expender el medicamento son causa del resultado porque, suprimiendo estas acciones mentalmente, aquél no se hubiera producido *(conditio sine qua non)*.

1098. — Similar es el punto de vista de Rudolphi[8]. La distinción dependerá de si el agente ha impulsado mediante una energía positiva el curso causal o si ha dejado de emplear la energía necesaria pa-

[4] Jescheck, *Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil*, p. 489, con ejemplos; Rudolphi, en *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, § 13, 6.

[5] Rudolphi, en *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, § 13, 6; Jescheck, *Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil*; Engisch, en *Festschrift für Gallas*, 1973, p. 171 y siguientes.

[6] Cfr. Jescheck, *Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil.*

[7] Cfr. Jescheck, *Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil.*

[8] Cfr. Rudolphi, en *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch.*

ra intervenir en un nexo causal no creado por él. En el primer caso habrá comisión; en el segundo, omisión.

1099. — En la práctica este criterio debe aplicarse mediante tres comprobaciones diferentes. En primer lugar, debe establecerse si el autor ha dado impulso a la cadena causal que llevó al resultado. En segundo lugar, habrá que verificar si este impulso es típico, antijurídico y culpable. Por último, y siempre y cuando no se trate de un hecho activo típico, antijurídico y culpable, cabrá preguntarse si, haciendo lo que le era posible, el autor hubiera evitado el resultado[9]. Una posición diversa sostiene Otto[10], para quien la distinción entre acción y omisión tiene rango secundario. Lo decisivo en la resolución de un caso es, según este autor, establecer si alguien ha creado, mediante "liberación de energías", un peligro para el bien jurídico, pues todo el que lo haya hecho responderá por la concreción del peligro en resultado, tal como requiere el "principio de la elevación del riesgo". De acuerdo con ello, la verificación del hecho positivo antes que la omisión tiene el carácter de una recomendación práctica.

1100. — Desde otra perspectiva, Jakobs plantea la cuestión como problema de motivación. "El que *actúa* cuando no lo debe hacer tiene un motivo de más para un movimiento corporal. La proposición se puede invertir: el que *omite,* cuando debe actuar tiene un motivo de menos para un movimiento corporal"[11].

Este punto de vista no se superpone al criterio que diferencia entre causalidad (acción) y no-causalidad (omisión) de la conducta, "sino que caracteriza de una manera más precisa el comienzo de la causalidad: éste no se encuentra en el cuerpo (el cuerpo del que yace delante de un garaje, es una condición de la obstrucción del acceso al mismo, pero —mientras yace— no es su motivación) o en el movimiento corporal, sino en la motivación"[12].

[9] Cfr. Rudolphi, en *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch.*
[10] Otto, *Grundkurs Strafrecht. Allgemeine Strafrechtslehre,* p. 166.
[11] Jakobs, *Strafrecht, Allgemeiner Teil,* p. 776.
[12] Jakobs, *Strafrecht, Allgemeiner Teil,* p. 777.

— § 84 —

LAS ESPECIES DE LA OMISION: DELITOS PROPIOS E IMPROPIOS DE OMISION

1101. — Los delitos de comisión reconocen dos especies: delitos activos y delitos impropios de omisión. Existen diversas opiniones referentes a la forma en que se debe caracterizar cada una de ellas. Antes de la reforma de la *LO* 10/95 se consideraba que la impropiedad de los delitos impropios de omisión residía en la falta de tipificación en la ley penal de la llamada comisión por omisión[13].

1102. — En la nueva situación legal, sin embargo, se considera que los delitos propios de omisión contienen un mandato de acción, sin tomar en cuenta, a los efectos de la tipicidad, si la acción ejecutada evitó o no la lesión del bien jurídico. Los delitos impropios de omisión, por el contrario, requieren evitar la producción de un resultado: la realización del tipo depende, por lo tanto, de esto último[14], es decir, de la evitación del resultado. En este sentido, estaríamos ante un delito impropio de omisión en el caso del art. 450.1, que impone el deber de evitar un resultado ("impedir la comisión de un delito contra la vida, etcétera"), mientras el art. 450.2, que sólo obliga a denunciar a las autoridades determinados hechos delictivos, sería un delito propio de omisión.

1103. — Los delitos impropios de omisión son la contrapartida de los delitos de comisión de resultado de lesión: su problemática sustancial consiste en establecer cuándo no evitar el resultado es punible, pues equivale a la producción activa del mismo. En los delitos propios de omisión esta equivalencia está expresamente establecida en la ley. En los impropios lo está de una forma general en el art. 11 del Código Penal.

1104. — Resumiendo: los delitos impropios de omisión son aquellos en los que el mandato de acción requiere evitar un resultado que

[13] Kaufmann, Armin, *Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte*, p. 277.

[14] Schöne, *Unterlassene Erfolgsabwendugen und Strafgesetz*, 1979, p. 58 y ss.; Rudolphi, en *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, nº 10; Jescheck, *Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil*, p. 491.

pertenece a un delito de comisión y son, por lo tanto, equivalentes a los delitos de comisión. Los delitos propios de omisión sólo requieren la realización de una acción, y su punibilidad no depende de la existencia de un delito activo.

— § 85 —

LA TIPICIDAD OBJETIVA DE LOS DELITOS PROPIOS DE OMISION

1105. — La comprobación de la tipicidad de una conducta respecto del tipo de un delito propio de omisión (por ejemplo, arts. 195 o 450.2, Cód. Penal) requiere la verificación de tres elementos:

a) Situación típica generadora del deber.
b) No realización de la acción mandada.
c) Poder de hecho de ejecutar la acción mandada.

1106. — Los tres elementos del tipo objetivo del delito propio de omisión deben analizarse a continuación por separado. Tienen la finalidad de permitir comprobar que la acción realmente realizada por el omitente no es la mandada. La verificación de la tipicidad de los delitos de omisión es, en cierto modo, una operación inversa a la que corresponde llevar a cabo en los delitos de comisión: en éstos es preciso subsumir la acción realizada bajo la descripción contenida en el tipo; en los delitos de omisión la tipicidad se verifica demostrando que la acción realizada no se subsume en el modelo o esquema de la acción que requiere el ordenamiento jurídico (la acción puede agotarse en un determinado comportamiento —por ejemplo, denunciar— o, también, ser un comportamiento que evite un resultado —por ejemplo, impedir la comisión de un delito de determinada especie—).

a — La situación generadora del deber

1107. — El primer elemento del tipo objetivo de los delitos propios de omisión es la situación de hecho de la que surge el deber de realizar una determinada acción. Esta situación representará en todos

los casos un peligro para un bien jurídico. Por lo general, la misma está íntegramente descrita en la ley: "hallar a una persona desamparada y en peligro manifiesto y grave" (art. 195, Cód. Penal). En estos supuestos, se genera un deber de actuar para cualquiera que se encuentre con la persona necesitada de auxilio.

1108. — Forma parte también de la descripción de la situación la circunstancia de que prestar el auxilio no dé lugar, a su vez, a un peligro para el omitente. El Código Penal toma en consideración no sólo el riesgo personal sino también el que podría ocasionar a un tercero la prestación del auxilio. Tanto en el primer caso como en el segundo debe entenderse que se trata de un riesgo que la persona no está obligada a soportar. De lo contrario, estaríamos ante un claro indicio de que el deber tiene por objeto evitar la producción de un resultado y no simplemente la realización de una acción que contribuya a que otros puedan evitarlo.

b — La no realización de la acción que es objeto del deber

1109. — La comprobación de este extremo se logra mediante la comparación de la acción que realizó el obligado y la que requiere el cumplimiento del deber de actuar. Por lo general, esta última está descrita ("demandar con urgencia auxilio ajeno", en el art. 489 *ter*, II del Cód. Penal) cuando la ley sólo exige la realización de una acción. Por el contrario, no lo está, por lo general, cuando el deber requiere evitar el resultado, pues en tales casos la acción exigida es la que técnicamente impediría la producción del mismo y en las diversas situaciones en las que el resultado corre el peligro de producirse es sumamente difícil establecer qué acción debe realizar el obligado. La acción mandada se tendrá por cumplida cuando el obligado haya intentado seriamente su realización.

c — Capacidad o poder de hecho de ejecutar la acción

1110. — La capacidad del obligado de realizar la acción mandada o de, en su caso, evitar el resultado es el tercer elemento del tipo ob-

jetivo del delito propio de omisión. Se trata, por lo tanto, de un elemento individual.

Este elemento puede definirse de dos maneras diferentes. En primer lugar, es posible considerar que la capacidad de ejecutar la acción o de evitar el resultado debe evaluarse sin tomar en consideración el conocimiento que el autor tenga de ella[15]: tiene capacidad el que no sabe nadar pero tiene la posibilidad de arrojar al que ha caído al agua un salvavidas, que no ve y que podría haber visto. Desde otro punto de vista, se requiere que el obligado haya "podido tomar la decisión de la acción mandada y de realizarla"[16], por cuya razón se requiere como elemento esencial de la capacidad tanto el conocimiento de la situación generadora del deber como la cognoscibilidad de los medios para realizar la acción y el conocimiento del fin de esta última[17]. Finalmente, se requiere, por Jescheck[18], el conocimiento de la situación típica, la existencia de los "presupuestos exteriores" (cercanía, medios) para la realización de la acción, así como las fuerzas físicas y capacidades técnicas del omitente. Por encima de estos elementos exige Jescheck que el omitente se haya representado o podido representar el fin de su acción posible. Unas posiciones se diferencian de otras en matices poco significativos.

— § 86 —

LA TIPICIDAD OBJETIVA DE LOS DELITOS IMPROPIOS DE OMISION

a — La regulación legal

1111. — La regulación introducida por el art. 11 del Cód. Penal de la *comisión por omisión* o de los *delitos omisivos equivalentes a la comisión activa del delito*, como la moderna terminología dogmática denomina esta cuestión, era una necesidad evidente. La ley no con-

[15] Schmidhäuser, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, p. 680 y siguientes.

[16] Kaufmann, Armin, *Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte*, p. 99.

[17] Kaufmann, Armin, *Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte*, ps. 41 y ss. y 106; Bacigalupo, *Delitos impropios de omisión*, p. 150 y siguientes.

[18] Jescheck, *Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil*, p. 501.

tenía una disposición que estableciera el complemento normativo de todos los delitos activos mediante la realización omisiva del tipo y ello podría haber permitido cuestionar la utilización de esta categoría a partir del principio de legalidad.

1112. — El Tribunal Supremo admitía, de todos modos, esta forma de tipicidad en los delitos activos, a pesar de la inexistencia de un precepto especial que lo autorizara era una exigencia del principio de legalidad que, al menos en parte, la doctrina había reclamado enérgicamente. Por esta razón resultó sorprendente que en la reforma introducida por la *LO* 8/83, destinada a una adaptación urgente del Cód. Penal a la Constitución de 1978, se omitiera una disposición respecto de la comisión por omisión, similar a la incorporada en las reformas penales modernas de Alemania (§ 13), Austria (§ 2), Portugal (art. 10) y Grecia (art. 15). El art. 40, II del Cód. Penal. italiano de 1930 ya contenía una regulación de la comisión por omisión, aunque técnicamente muy discutible. Estas legislaciones europeas eran anteriores a la *LO* 8/83, no obstante lo cual no hubo explicación alguna de qué razones tuvo el legislador para no hacerse cargo de este problema. El Código Penal de 1995, al contrario, ha introducido una norma específica que tiene una cierta similitud estructural con el antiguo art. 565 del Código derogado: mientras éste permitía (en determinadas condiciones) convertir *todo* tipo penal activo de resultado de lesión en otro comisible omisivamente, el art. 11 vigente permite convertir *todo* delito activo en un delito de comisión. En la doctrina se ha criticado esta técnica y se ha sugerido la conveniencia de adoptar un sistema de *"numerus clausus"* en materia de tipos penales omisivos, pero las legislaciones modernas han seguido otro rumbo[19].

b — El problema dogmático

1113. — El problema que el legislador quiso regular mediante el art. 11 del nuevo Cód. Penal es conocido en la doctrina y en la prácti-

[19] Ver Rodríguez Mourullo, en *Homenaje a J. del Rosal*, 1993, p. 915 y ss.; Huerta Tocildo, *Problemas fundamentales de los delitos de omisión*, 1987, p. 160 y ss.; otro punto de vista: Jakobs, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, nº 29/4.

ca desde antiguo. Se trata de establecer los criterios que determinan las condiciones que permiten afirmar que *no impedir un resultado es equivalente a su producción activa.* Para decirlo con un conocido ejemplo: que permiten condenar como autora de homicidio (causar la muerte a otro) a la madre que omite alimentar a su niño (es decir, que no impidió que muriera de hambre) o a la esposa que abandona a su suerte a su marido inválido e incapaz de alimentarse por sí mismo. En tales supuestos aplicar la pena de la omisión del socorro debido resulta, ante todo, *injusto.* El sentimiento de justicia señala estos hechos con una carga de ilicitud semejante a la del homicidio y la doctrina debe reflejar estas diferencias valorativas. El problema teórico consiste, por lo tanto, en cómo llevar a cabo esta diferenciación.

1114. — Inicialmente se pensó que no existía ninguna dificultad para establecer la equivalencia entre *producir* (activamente) un resultado y *no impedirlo,* pues se entendió que la omisión podía ser una *causa* del resultado y, consiguientemente, no impedir la muerte, la interrupción del estado de embarazo (con muerte del *nasciturus*), las lesiones corporales, etcétera, realizaría el tipo del homicidio o del aborto de la misma manera que un comportamiento activo que causara el resultado. Lo que reclama la justicia, por lo tanto, se podría expresar técnicamente a través de la idea de causalidad. Sin embargo, desde el punto de vista de la causalidad, no es lo mismo causar que no impedir o, dicho de otra manera, no es lo mismo matar que no impedir morir. Con la premisa "de la nada, nada surge" desaparece toda posibilidad de equivalencia *causal* entre causar y no impedir y en la medida en la que el texto legal requiera causalidad de una manera explícita o implícita[20] la solución causal resulta totalmente inidónea.

1115. — Por otra parte, la causalidad de la omisión tampoco podía resolver todo el problema, dado que no toda omisión de evitar un resultado debía ser penalmente relevante. En efecto; si toda omisión fuera causal, todo omitente sería causante del resultado; no sólo la

[20] Así, por ejemplo: art. 147 "causare lesiones"; art. 138 "matar" (= causar la muerte); art. 144 "produzca el aborto"; art. 157 "causare lesiones al feto", etcétera.

madre que no alimenta a su niño, sino también los vecinos que no lo hicieron serían causantes de la muerte de aquél al igual que, en general, toda persona que no le proporcionó alimento. La exigencia de una pena justa, sin embargo, no llega hasta esos extremos. Sólo las omisiones que implicaran la infracción de un determinado *deber de actuar* deberían ser típicas. De allí que, si se debía renunciar a la causalidad de las omisiones, se haya pretendido reemplazar la causalidad por la antijuridicidad de la omisión como elemento decisivo de la equivalencia entre causación y no evitación del resultado.

1116. — De esta nueva forma de ver el problema surgió la *teoría formal de las fuentes del deber,* para la cual una omisión de impedir el resultado se debía considerar equivalente a causarlo cuando impedir el resultado provenía de una *ley,* un *contrato* (que es también ley entre las partes) o el peligro de producción del resultado fuera consecuencia de un *hecho anterior* del omitente (casos estos últimos llamados de *injerencia).*

1117. — El origen de esta teoría se encuentra básicamente en Feuerbach[21] y en la concepción liberal del derecho cuyo punto de partida suponía que "el ciudadano no está originariamente obligado a omitir, razón por la cual un delito de omisión presupone siempre un fundamento jurídico (ley o contrato), mediante el cual se fundamenta la obligación de actuar. Sin éste no se llega a ser delincuente por omisión"[22]. La incorporación de los *casos de injerencia* es posterior[23] y sólo pudo encontrar un fundamento que permitiera afirmar su equivalencia con la acción mediante la "teoría de la causalidad de la acción ejecutada en lugar de la omitida", de Luden[24], pues ésta afirmaba que la acción positiva realizada en lugar de la impuesta por el orden jurídico *era la causa* del resultado (teoría del *aliud agere*). La

[21] Feuerbach, *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts*, 14ª ed., 1847 (1ª ed., 1801), § 24.

[22] Feuerbach, *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts*, § 24 desde la edición de 1803.

[23] Stübel, *Über die Teilnahme mehrerer Personen an einem Verbrechen*, 1828, p. 58 y siguientes.

[24] Luden, *Abhandlungen*, t. I, 1836, p. 467 y siguientes.

tesis de Luden fue generalmente rechazada: resultaba evidente que si la otra acción era suprimida mentalmente, según la fórmula de la teoría de la condición, el resultado se hubiera producido de todos modos. A partir de entonces, el problema de los casos de injerencia no encontró ninguna solución plausible en el marco de la teoría formal de las fuentes del deber. En realidad, puso en tela de juicio la premisa básica de la teoría formal de las fuentes del deber formulada por Feuerbach. En la dogmática española, de todos modos, es de destacar el punto de vista de Gimbernat Ordeig[25], que viene a sostener que la injerencia es, prácticamente, la única fuente del deber que podría fundamentar la comisión por omisión de un delito imprudente[26].

c — Crítica de la teoría formal de las fuentes del deber

1118. — La *teoría formal de las fuentes del deber,* de todos modos, no resultó convincente, pues resultó demasiado estrecha. En primer lugar, porque si bien permitía explicar los deberes de protección que existen en el núcleo familiar más estrecho entre los padres y los hijos, chocaba contra el sentido de justicia cuando se comprobaba que, por ejemplo, el sobrino huérfano, criado por su tía y que había crecido en casa de ésta no tenía hacia ella, por imperio de la ley, los deberes que le incumbían respecto de sus padres. Paradigmática resulta en este sentido la sentencia del *OGH* (Tribunal Supremo austriaco)[27] de 1934 en la que se rechazó la condena por homicidio del novio que no impidió el suicidio de la novia, pues un deber semejante entre novios no surge de la ley ni del contrato. El mismo *OGH* rectificó este punto de vista en 1960[28]. Lo mismo ocurría respecto del negocio jurídico (especialmente del contrato): la nulidad del contrato eliminaba la fuente del deber de actuar. El fundamento legal de la injerencia, por lo demás, tampoco era claro, si se requería un fundamento legal

[25] Gimbernat Ordeig, en "Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales", t. XLVII, 1994, p. 5 y siguientes.

[26] Probablemente en el mismo sentido Mir Puig, *Derecho Penal. Parte general,* p. 334, cuando propone de manera general que la posición de garante dependa en primer término de la "creación o aumento de un peligro atribuible a su autor".

[27] *SSt* XIV, nº 20.

[28] *SSt* XXI, nº 1.

expreso, pues, en realidad, tal fundamento no aparecía en la ley positiva, y sólo podía ser deducido del principio general *neminem laedere*. Sin perjuicio de todo ello, esta teoría no permitía explicar la diferencia entre la omisión de auxilio (art. 195, Cód. Penal) y la comisión por omisión de lesiones u homicidio (arts. 147 y 138, Cód. Penal).

1119. — La teoría formal, por lo tanto, tuvo que ser ampliada para permitir soluciones adecuadas al sentido de justicia. Por un lado, se extendieron los deberes de solidaridad a las *"estrechas comunidades de vida"*, lo que permitía superar la estrechez de los meros deberes legales. Por otro, se prescindió del negocio jurídico en el sentido de la ley civil y se estableció como fuente del deber la simple *"libre aceptación"* de un deber de actuar. La corrección practicada de esta forma en la teoría formal de las fuentes del deber legal, sin embargo, puso de manifiesto que ya ninguna de las fuentes del deber de actuar provenían *exclusivamente de una ley formal*, pues ésta nada decía sobre las "relaciones de estrecha convivencia", la "libre aceptación" o "el hecho anterior". La necesidad de encontrar un fundamento a estos criterios de los que dependía la equivalencia entre acción y omisión era evidente.

1120. — El nuevo punto de apoyo teórico para la equivalencia entre la causación del resultado y la omisión de la acción que lo hubiera evitado fue la estrecha relación del omitente con el bien jurídico, es decir, *su posición de garante ante el orden jurídico* de la no producción del resultado. "La posición de garante contiene el elemento decisivo de la autoría, que convierte a aquellos que omiten impedir un resultado en autores de la omisión en el sentido del tipo de un mandato de garantía equivalente al delito comisivo"[29]. Dicho con otras palabras: la posición de garante es el fundamento del deber cuya infracción determina la equivalencia entre el comportamiento típico activo y la no evitación del resultado. De esta manera tuvieron entrada en la posición de garante los deberes ético-sociales (pero no los meramente morales)[30].

[29] Welzel, *Das Deutsche Strafrecht*, 11ª ed., 1969, p. 213.

[30] Nagler, "GS" 111, p. 1 y ss.; Mezger, *Strafgesetzbuch Leipziger Kommentar*, 7ª ed., 1959, p. 36.

1121. — El principal problema de esta nueva visión de la cuestión fue el *principio de legalidad* (art. 25.1, *CE*), pues su fundamento jurídico no provenía de una *lex scripta,* como lo exige este principio, sino, en todo caso, del *derecho consuetudinario.*

d — La teoría funcional de las fuentes del deber

1122. — La teoría de las fuentes formales del deber fue prácticamente abandonada[31] y reemplazada por una *teoría funcional de las posiciones de garante,* que procura explicar materialmente los fundamentos de la posición de garante. "Ciertamente la infracción de un mandato para la defensa de lesiones o peligros de un bien jurídico es constitutiva de los delitos impropios de omisión; pero *no toda* lesión de tal mandato realiza el tipo de estos delitos, sino *sólo* la infracción de un *garante*"[32]. En consecuencia la determinación del tipo del delito impropio de omisión dependerá de tres consideraciones axiológicas: "*a*) la existencia de un tipo comisivo, que penalice la realización de la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico; *b*) la existencia de un mandato, que tenga por contenido la evitación de esa lesión o puesta en peligro del bien jurídico; *c*) la lesión de este mandato tiene que igualar, por lo menos aproximadamente, en contenido de ilicitud y en la magnitud del reproche de culpabilidad y, por lo tanto, en merecimiento de pena, al delito de comisión"[33].

1123. — La *posición de garante* se caracteriza en la moderna *teoría funcional* según la *función defensiva o protectora del omitente* respecto del bien jurídico. Por un lado, el sujeto omitente debe ocupar una posición de *protección de un bien jurídico contra todos los ataques* (*función de protección* de un bien jurídico) que pudiera sufrir, cualquiera sea el origen de los mismos. Por otra parte, la posición de garante puede consistir en la *vigilancia de una determinada fuente*

[31] Se mantienen en ella, sin embargo, Cobo del Rosal - Vives Antón, *Derecho penal. Parte general,* 3ª ed., 1990, p. 304.

[32] Kaufmann, Armin, *Die Dogmatik der Untelassungsdelikte,* 1959, p. 284.

[33] Kaufmann, Armin, *Die Dogmatik der Untelassungsdelikte,* 1959, p. 284.

de peligro en relación a cualquier bien jurídico que pueda ser amenazado por ella (*función de vigilancia* de una fuente de peligro)[34].

e — Las condiciones de la equivalencia entre la omisión y la acción

1124. — Este nuevo planteamiento del problema de la equivalencia entre acción de causar y omisión de impedir el resultado dio lugar a la elaboración de *dos criterios* que sirven de base a la cuestión dogmática planteada:

a) El primer criterio de equivalencia está dado por la *posición de garante*, es decir: sólo puede haber una omisión de impedir el resultado típico equivalente a la acción de causarlo cuando el omitente incumple un deber (jurídico, no sólo legal) de cierta intensidad.

b) El segundo criterio requiere que, además, el incumplimiento del deber de actuar surgido de la posición de garante se *corresponda con las modalidades de la conducta típica activa*. Se trata de una equivalencia valorativa, especialmente operativa en aquellos delitos en los que *no cualquier acción* es apta para la producción del resultado típico, sino sólo una acción de características específicas descritas en el tipo penal. Por lo tanto, este segundo criterio sólo es operativo en delitos cuyos tipos requieren una acción de determinado perfil (por ejemplo: el delito de estafa, que requiere una acción de engaño exige una comprobación de la equivalencia entre la omisión de informar del agente y la acción de generar en el sujeto pasivo un error[35]).

f — Nuevos desarrollos dogmáticos

1125. — Este panorama dogmático, estabilizado durante más de treinta años, ha sido puesto en duda en los últimos tiempos. En pri-

[34] Kaufmann, Armin, *Die Dogmatik der Untelassungsdelikte*, 1959, p. 283; Bacigalupo, *Delitos impropios de omisión*, 1970, p. 119 y ss.; Mir Puig, *Derecho Penal. Parte general*, 3ª ed., 1990, p. 335 y siguientes.

[35] Cfr. Pérez del Valle, CPC 59 (1996), p. 373 y siguientes.

mer lugar, por las llamadas *"teorías negativas de la acción"*[36], que si bien no se impusieron han dado lugar a plantear la cuestión de la *posición de garante como un elemento común de los delitos activos y omisivos,* lo que ha relativizado considerablemente la distinción entre delitos de comisión y de omisión. En segundo lugar, el moderno desarrollo de la teoría del tipo penal y de la teoría de la imputación objetiva han permitido que para algunos autores la infracción de un deber de evitar la producción del resultado se convierta en un elemento general de todo tipo penal[37], que la posición de garante sea un elemento del tipo también en los delitos *activos* vinculado especialmente a la prohibición de regreso[38], o que lo sea implícitamente cuando se admite que la "adscripción del resultado a un ámbito de responsabilidad ajena" opera como un límite del tipo penal[39].

1126. — La situación dogmática actual tiende, por lo tanto, a un cierto aflojamiento de los límites entre comportamientos activos y omisivos, de tal manera que la exposición misma del derecho penal no se estructura ya necesariamente sobre la base de la distinción entre tipos activos y tipos omisivos, es decir, según el sentido positivo o negativo de la conducta desde el punto de vista de su manifestación natural. La propuesta más radical en este sentido proviene de Jakobs, que distingue los problemas de la imputación de las acciones positivas y las omisiones según que se trate de obligaciones que provienen de la *organización de la actividad personal* o de la *posición institucional del sujeto*[40].

g — La interpretación del art. 11 del Código Penal

1127. — Como se ve en el desarrollo realizado, el legislador, sin necesidad de entrar en los problemas más modernos, tenía dos alterna-

[36] Herzberg, *Die Unterlassung im Strafrecht und das Garantenprinzip*, 1972; Behrendt, *Die Unterlassung im Strafrecht*, 1979, desde una perspectiva psicoanalítica.

[37] Otto, *Grundkurs Strafrecht. Allgemeine Strafrechtslehre*, 3ª ed., 1988, p. 55.

[38] Jakobs, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 2ª ed., 1991, p. 212 y siguientes.

[39] Roxin, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, t. I, 2ª ed., 1994, p. 332.

[40] Ver Jakobs, *Die strafrechtliche Zurechnung von Tun und Unterlassen*, 1996; en España: Sánchez-Vera - Gómez Trelles en "Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales", t. XLVIII, 1995, p. 187 y siguientes.

tivas teóricas. O bien establecía, en el sentido de la teoría formal de las fuentes del deber, que *toda* infracción de un deber de evitar el resultado típico de un delito de acción, proveniente de una ley, un contrato o un hecho anterior era equivalente a su causación[41]. O, por el contrario, adoptaba el punto de vista de las *teoría funcional* de la posición de garante y establecía la equivalencia en dos niveles:

a) Comprobación de que el omitente tenía que responder jurídicamente de la no producción del resultado (posición de garante).

b) Comprobación de que la omisión tuvo un contenido de ilicitud correspondiente a la realización activa del tipo comisivo[42].

1128. — Es indudable que el art. 11 del Cód. Penal optó por este último modelo, pues estableció un primer requisito consistente en la infracción de un deber jurídico de evitar el resultado; a ello agregó que esta infracción debía ser equivalente, "según el sentido del texto de la ley", a la causación del resultado del tipo de comisión. Sin embargo, la realización técnica es sumamente deficiente, pues, luego de establecer los dos niveles determinantes de la equivalencia, en el segundo párrafo del artículo se precisa que la equiparación de la acción y la omisión tendrá lugar en los casos de la versión más antigua imaginable de la teoría formal de las fuentes del deber (ley, contrato y hecho anterior). El problema que presenta esta defectuosa comprensión de la cuestión regulada requiere una decisión sobre si se debe atender al primer párrafo, orientado a la teoría funcional, o al segundo párrafo, inspirado en la teoría formal de la fuente de los deberes.

1129. — Este problema hermenéutico, de todos modos, puede resultar sumamente complejo abstractamente considerado. Pero, si se tiene en cuenta que actualmente la interpretación del modelo legislativo de la teoría de las fuentes formales del deber ha conducido a re-

[41] Modelo del art. 40, II del Cód. Penal italiano: "no impedir un evento que se tenía la obligación de impedir equivale a ocasionarlo"; la fórmula ha sido abandonada en el art. 11 del *Schema di disegno di legge-delega al Goberno*, 1992, en favor de la teoría funcional.

[42] Modelo del *StGB* alemán (§ 13), del *StGB* austriaco (§ 2), del *Disigno di legge-delega* italiana de 1992 (art. 11).

sultados idénticos a los de la teoría funcional, la cuestión pierde gran parte de sus dificultades. En efecto, el art. 40, II del Cód. Penal italiano es entendido por la moderna doctrina italiana en el sentido de la teoría funcional de la posición de garante, con expreso rechazo de la teoría formal de las fuentes del deber[43].

1130. — Por lo tanto, la mezcla incomprensible y carente de todo respaldo científico que ha realizado el legislador puede ser entendida en el sentido de la doctrina moderna de la comisión por omisión, dado que, en realidad, *más que contradictorio* (como lo demuestra la evolución de la interpretación del art. 40, II del Cód. Penal italiano) el art. 11 del Cód. Penal español *es repetitivo*: en el segundo párrafo repite parte de lo que se establece en el primero.

1131. — En consecuencia: según el art. 11 la imputación de un delito activo *fundada en la omisión de evitar el resultado* del mismo dependerá de los siguientes elementos:

a) La *producción de un resultado* (de lesión o peligro perteneciente al tipo penal de un delito o de una falta activamente formulados en una ley penal).

b) La *calificación del autor* requerida por el tipo activo (por ejemplo, un delito de prevaricación sólo puede ser cometido por omisión por un funcionario o un juez) se debe dar también en el omitente.

c) La *capacidad del omitente de realizar la acción* desde un punto de vista *abstracto*, es decir, se trata de saber si el autor hubiera podido realizar voluntariamente la acción que hubiera impedido la producción del resultado. En la doctrina se discute si se debe requerir el conocimiento de la posibilidad física de realizar el mandato de acción, o si, por el contrario, es suficiente con la *cognoscibilidad* de los medios para evitar el resultado.

[43] Romano, *Commentario Sistemático del Codice Penale*, t. I, 1987, art. 40; Fiandaca - Musco, *Diritto Penale. Parte generale*, 1990, p. 335 y ss.; Fiore, *Diritto penale. Parte generale*, t. I, 1993, p. 237 y ss.; Fiandaca, *Il reato commisivo mediante omissione*, 1979; Grasso, *Il reato omissivo impropio*, 1983, Sgubbi; *Responsabilitá penale per omesso impedimento dell'evento*, 1975.

Este último punto de vista es el correcto, pues no genera confusión alguna con el dolo de los delitos impropios de omisión.

d) La *causalidad hipotética* de la acción omitida respecto de la evitación del resultado. En la medida en la que las omisiones no son causales del resultado, la imputación requiere que la omisión *equivalga,* según el sentido de la ley, a la causación. Esta relación entre la omisión de la acción y el resultado se dará cuando se compruebe que si el autor hubiera realizado la acción, habría sido causa de la no producción del resultado, con una *probabilidad rayana en la certeza* (doctrina dominante).
Otro punto de vista considera que es suficiente con que la realización de la acción hubiera disminuido el riesgo de producción del resultado[44]. Las razones que permiten rechazar la teoría del aumento del riesgo, de la que se deriva este criterio, son también suficientes en este caso. Es claro que el garante debe obrar en el sentido del mandato de acción, aunque *(ex-ante)* no exista seguridad de la evitación del resultado. Pero, ésto que es suficiente para la tentativa, no debe predeterminar la cuestión de la imputación del resultado.
En la dogmática española tiende a generalizarse la opinión que requiere que la acción omitida hubiera impedido con absoluta seguridad la producción del resultado. En este sentido dice Gimbernat que "como en el tipo objetivo de acción exige la seguridad de que el comportamiento activo haya causado el resultado, por ello no puede serle equivalente una omisión de la que lo más que puede decirse es que habría evitado el resultado con una probabilidad rayana en la seguridad"[45]. De todos modos, la comisión por omisión imprudente "vendrá caracterizada porque el resultado ha sido causado con toda seguridad por un foco de peligro que, como consecuencia de una omisión imprudente se ha transformado de permitido en ilícito"[46]. La tesis de

[44] Cfr. Rudolphi, en *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, §§ 13, 16; en contra Schünemann, "JA" 1975, Jakobs, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, n° 29/20.

[45] Gimbernat Ordeig, en "Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales", t. XLVII, 1994, ps. 5 y ss. y 29.

[46] Gimbernat Ordeig, en "Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales", t. XLVII, 1994, p. 38.

Gimbernat[47] tiene un punto de partida discutible: la omisión de impedir que el riesgo permitido se convierta en no permitido no garantiza la seguridad de la causalidad del comportamiento omitido, pues siempre se trata de lo mismo: ¿cómo es posible saber si la realización de la acción omitida hubiera impedido el resultado *causado* por la fuente de peligro, no por la omisión? En la formulación de Gimbernat es seguro que una fuente de peligro (activo) ha producido el resultado pero con ello no se dice nada sobre la seguridad causal de la acción omitida.

Tampoco es convincente el criterio propuesto por Luzón Peña, según el cual "sólo hay comisión por omisión cuando es la omisión misma la que crea el riesgo de lesión"[48].

En la medida en la que las omisiones no son causales (doctrina absolutamente mayoritaria) es claro que no pueden crear ningún riesgo de lesión. El fundamento de la tesis consiste en postular la necesidad de una "equivalencia exacta o identidad estructural y material con la comisión activa"[49]. Pero es evidente que como demostró Radbruch[50]: "la omisión no sólo no tiene con la acción en común los elementos voluntad, hecho y causalidad, sino que ella se agota en la negación de los mismos".

Por otra parte, exigir identidad para afirmar la equivalencia exigida para la imputación del resultado a la omisión es tanto como negar la posibilidad de la comisión por omisión, dado que según el principio de identidad (ontológico o lógico), un objeto sólo es idéntico a sí mismo, o dicho de otra manera: una acción sólo es estructural y materialmente idéntica a otra acción, pero no lo será nunca de su negación[51]. La *tesis de la identidad*[52], por lo demás, no es una exigencia del derecho positivo, que se

[47] En el mismo sentido Torío, en "Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales", 1984, p. 699 y ss.; Gracia Martín, en "Actualidad Penal", 38-1995-711.

[48] Luzón Peña, *Derecho de la circulación*, 2ª ed., 1990, p. 176.

[49] Luzón Peña, en "Revista del Poder Judicial", 1986/2, p. 80.

[50] Radbruch, *Der Handlungsbegriff in seiner Bedeutung für das Strafrechtssystem*, 1904, p. 140.

[51] Cfr. Bacigalupo, en Gimbernat - Schünemann - Wolter (eds.), *Omisión e imputación objetiva en derecho penal*, 1994, p. 31.

[52] Seguida también por Gracía Martín, en "Actualidad Penal", 38-1995-711.

limita a condicionar la imputación a la equivalencia, no a la identidad.

e) La *posición de garante del omitente,* que requiere un estudio particularizado (ver *infra*, ap. *h*).

f) La *equivalencia de la ilicitud omisiva* con la del delito de comisión, que también se debe estudiar a parte (ver *infra*, ap. *i*).

h — Las posiciones de garante

1132. — La *posición de garante,* como se dijo, se puede caracterizar materialmente por una especial cercanía entre el omitente y el bien jurídico afectado. La caracterización de esta cercanía se manifiesta cuando el omitente tiene deberes que le imponen cuidar que los peligros que se derivan de la propia organización respecto de los bienes jurídicos que el derecho protege, o bien, cuando esos deberes le son impuestos por la posición que ocupa dentro de un marco institucional determinado (padre, hijo, funcionario, etcétera). Ambos grupos de situaciones requieren un estudio pormenorizado.

1133. — Esta doble clasificación de los deberes que fundamentan una posición de garante guarda un cierto paralelismo con la tradicional, es decir, con aquella que distingue entre la posición de garante que surge de la *protección* de un bien jurídico frente a los peligros que puedan acecharlo y la que se deduce del *cuidado* de una fuente de peligros frente a todos los bienes jurídicos que podrían resultar afectados. La distinción clara entre estas dos últimas formas de la posición de garante ha sido puesta en duda porque el cuidado de una fuente de peligros también es una manera de proteger bienes jurídicos, y la protección de éstos, una manera de cuidar fuentes de peligros[53].

1134. — La nueva clasificación puede no estar exenta de inseguridades, pues siempre cabe pensar que también la responsabilidad que surge de la libertad de organizarse tiene una base institucional. Sin embargo, como se verá, permite establecer una base más firme

[53] Jakobs, *Strafrech, Allgemeiner Teil,* nº 29/27.

de la equivalencia entre la realización activa del tipo y la omisión del cumplimiento de los deberes que emergen de la posición de garante, dado que la libertad de organización de las libertades personales rige no sólo para los comportamientos omisivos, sino también para los activos. Por esta razón resulta más preciso plantear la cuestión de la equivalencia de acciones y omisiones en relación a los delitos activos teniendo en cuenta si éstos son *delitos de dominio* (que se corresponderán con la posición de garante que surge de la organización de las propias actividades) o *delitos de infracción de deber* (que se corresponderán con los casos en los que la posición de garante proviene de la posición institucional del omitente). Es obvio que la equivalencia entre la realización activa y la omisiva del tipo —que yace en la base de la problemática de la posición de garante— depende de la estructura *normativa* de los delitos activos con los que se debe realizar la comparación. Desde esta *perspectiva normativa*, la comparación —a la inversa de una comparación a nivel naturalístico— no se debe llevar a cabo buscando una similitud o, inclusive, identidad fenoménica (por ejemplo, en la causalidad de la omisión), sino en el sentido social de la conducta.

El problema central, de todos modos, sigue siendo la vinculación de los criterios axiológicos de la equivalencia con "las valoraciones previas jurídico-penales"[54].

1 — Posición de garante derivada de los peligros que genera la propia organización de la actividad del omitente

— *a* —

1135. — En esta categoría entran en consideración los deberes surgidos del propio texto del art. 11, segundo párrafo, *b*) del Cód. Penal. Es decir, se trata en primer lugar de la *vigilancia de los peligros creados por las propias acciones u omisiones* ("acción u omisión precedente" dice la ley). Estos supuestos se conocen como casos de *"injerencia"* y tienen su fundamento en el principio *neminem laedere* es

[54] Freund, *Erfolgsdelikt und Unterlassen*, 1992, p. 25 y ss., quien realiza, además una crítica del criterio tradicional con una propuesta similar a la que aquí se propone.

decir, del principio que establece que todos los ciudadanos son libres de configurar sus propias actividades y tareas personales, con la contrapartida de responder por los daños que ello cause a los demás. Por ejemplo: no impedir que una persona, a la que se sirvió alcohol en cantidad y que no está en condiciones de hacerlo, conduzca su coche; no prestar ayuda a la persona que es víctima de un accidente causado por el propio omitente, impidiendo que se agraven sus lesiones o muera. Se trata, por lo tanto, del deber que surge de la obligación de tomar determinadas *medidas de seguridad* en el tráfico, destinadas a que la fuente de peligro no lesione bienes ajenos. Cuando por ausencia de estas medidas la fuente de peligro produzca un resultado típico, la omisión cumplirá con el primero de los criterios de equivalencia con la realización activa del tipo.

1136. — Este *deber de seguridad* no se extiende sólo a las cosas, sino también a las personas que se encuentran a cargo del omitente (por ejemplo, el maestro debe tomar medidas para impedir que sus alumnos cometan delitos; lo mismo rige para los encargados de la organización de un hospital, etcétera). Sin embargo, la doctrina rechaza, con razón que el marido (o la mujer) deban tomar medidas para que el cónyuge no delinca. Asimismo, en principio, el titular de un *ámbito cerrado abierto al público* no tiene por qué responder por los delitos que allí se cometan contra personas que entran al lugar voluntariamente (por ejemplo, el titular de un gran almacén que no ha tomado medidas para impedir la entrada de carteristas no responderá del hurto de éstos).

— *b* —

1137. — Las acciones peligrosas realizadas también pueden generar *deberes de auxilio o salvamento*, cuando los peligros generados ya han alcanzado o están cerca de alcanzar los bienes de otro. Es discutido si estos deberes de auxilio o salvamento se generan sólo cuando el comportamiento previo es antijurídico o si también surgen en los casos de una actuación previa que se mantiene dentro del peligro permitido. En favor de este último criterio se puede señalar que el art. 195.3 del Cód. Penal ya obliga a intentar el salvamento cuando el peligro de la víctima proviene de un "accidente ocasionado fortui-

tamente por el que omitió el auxilio". Indudablemente este supuesto pone de manifiesto que un deber de prestar auxilio existe aun cuando el peligro del sujeto pasivo no sea imputable al omitente. La situación no difiere en nada del caso del art. 195.1, razón por la cual el verdadero problema que esta disposición plantea es la injustificada agravación de la pena, cuando el peligro que amenaza a la víctima no es imputable (caso fortuito) al omitente, dada la identidad jurídica de las situaciones del art. 195.1 y 195.3 (caso fortuito). Por lo tanto, es claro que en la ley vigente los deberes de auxilio y salvamento no están condicionados por la antijuridicidad del comportamiento anterior[55]. Pero, dicho esto se debe advertir que no toda acción previa dentro de los límites del riesgo permitido genera, sin más, una posición de garante en el sentido del art. 11 del Cód. Penal. Sólo en aquellos casos en los que se trate de un riesgo especialmente elevado, superior a los riesgos permitidos cotidianos y respecto de los que el afectado por el peligro haya, en su caso, tomado las medidas de seguridad necesarias que le incumban en relación a su autoprotección, se podrá admitir una posición de garante.

1138. — La doctrina está dividida respecto de los deberes de auxilio que surgen de un *hecho previo justificado*. Por un lado, se sostiene que tales deberes sólo surgen cuando el afectado tiene que soportar un peligro o un daño sin ser responsable de la situación en la que el otro causó el peligro o el daño. Por lo tanto, desde este punto de vista se excluye una posición de garante respecto del que ha soportado un estado de necesidad defensivo o una legítima defensa[56]. Por otra parte, se piensa que el agresor sobre el que recae una acción de defensa sólo tiene que soportar lo que es necesario para la defensa; lo que vaya más allá ya no está justificado, y la posición de garante se funda también en un hecho anterior de acuerdo a derecho[57]. Este último punto de vista es, en principio, el correcto, puesto que excluye toda desconsideración del agresor como persona. Sin embargo, la protec-

[55] En este sentido también, con otros fundamentos, Jakobs, *Strafrech, Allgemeiner Teil*, nº 29/39.

[56] Jakobs, *Strafrech, Allgemeiner Teil*, nº 29/40 y siguientes.

[57] Welp, *Vorangegangens Tun als Grundlage einer Handlungsäquivalenz der Unterlassung*, 1968, p. 271 y siguientes.

ción del carácter personal del agresor no necesita del art. 11, pues debe tener lugar por la vía del art. 195 del Código Penal[58].

— *c* —

1139. — También se fundamenta la posición de garante en la *libre aceptación de una función de protección* o de seguridad por parte del omitente. Es claro que quien asume la obligación de organizar su actividad para proteger un bien jurídico, determina que el titular del mismo confíe en su protección y lo deje en manos del que aceptó protegerlo. El art. 11 del Cód. Penal se refiere sólo al *contrato*, pero no es posible que este término sea entendido en el sentido estricto de los arts. 1254 y 1261 del Cód. Civil, sino como *acuerdo natural de voluntades*. De lo contrario, la posición de garante quedaría neutralizada por todas las causas que afectan la validez del contrato como negocio jurídico.

1140. — La posición de garante fundada en la libre aceptación de la función protectora *puede ser delegada.*

1141. — El contenido de la función de protección puede ser *impedir que otro se autolesione*. La opinión contraria en la doctrina quiere excluir la posición de garante cuando el peligro provenga de la propia víctima[59]. Una limitación de esta magnitud no tiene en cuenta que para la equivalencia entre la omisión y la acción no tiene importancia el origen causal del resultado, sino la infracción del deber de impedirlo. Por eso, prácticamente, desemboca en una única posición de garante: la injerencia, que en el derecho anterior al vigente carecía del apoyo legal que ahora tiene.

2 — Posición de garante derivada de la posición institucional del omitente

1142. — Una distinción conceptual exacta entre la posición de garante derivada de la organización de la actividad y la proveniente de

[58] Jakobs, *Strafrech, Allgemeiner Teil*, nº 290/43 (nota 96).

[59] Luzón Peña, en "Revista del Poder Judicial", 1986/2, p. 73 y ss.; Gracia Martín, en "Actualidad Penal", 38-1995-698.

la posición institucional del omitente no es totalmente posible sin precisar qué se entiende por *institución,* dado que también la responsabilidad por la propia organización *(neminem laedere)* tiene una razón de ser institucional. Jakobs[60] ha intentado una fuerte limitación de los deberes de protección y salvamento que surgen de la posición institucional del omitente afirmando que "los deberes provenientes de tales instituciones sólo pueden ser equivalentes a la comisión cuando la institución es del mismo peso elemental para la existencia de la sociedad que tiene en ésta la libertad de organización y la responsabilidad que es su consecuencia"[61]. Por lo tanto, sólo fundamentarán posiciones de garante en este sentido las relaciones entre padres e hijos, el matrimonio, las especiales relaciones de confianza y los genuinos deberes estatales.

— *a* —

1143. — Los deberes de garante que surgen de una *posición familiar* están establecidos, en primer término, en la ley. En particular la existencia de una posición garante es clara en las relaciones *entre los cónyuges,* dado que los arts. 67 y 68 del Cód. Civil establecen deberes de "socorrerse mutuamente" y de "ayudarse mutuamente". Asimismo, una posición de garante surge claramente *entre padre e hijos* del deber que tienen los primeros de velar por ellos y alimentarlos (art. 154, Cód. Civil), así como de diligencia respecto de la administración de los bienes de los hijos (art. 164, Cód. Civil). Por el contrario *no están expresos en la ley* los deberes *de los hijos hacia los padres* que podrían fundamentar una posición de garante, ya que el art. 155 sólo habla de un deber de obediencia y de otro —sólo exigible cuando convivan con sus padres— de contribuir al levantamiento de las cargas de la familia. Sin embargo, la posición de garante de los hijos respecto de los peligros que puedan acechar a sus padres tienen, en todo caso, fundamento en la especial *relación de confianza,* que será analizada a continuación. Lo mismo ocurre en relación a los deberes de garante de los hermanos, respecto de los cuales el art. 143 del Cód. Civil es extraordinariamente parco.

[60] Jakobs, *Strafrech, Allgemeiner Teil,* nº 29/57 y siguientes.
[61] Jakobs, *Strafrech, Allgemeiner Teil,* nº 29/58.

— *b* —

1144. —También surgen posiciones de garante de una *especial relación de confianza*. Esta puede fundamentar una posición de garante cuando la confianza del titular de bienes jurídicos es depositada en otro, que la acepta, al que se desplazan funciones de seguridad de un bien o de cuidado de una fuente de peligros.

1145. —Naturalmente, la relación especial de confianza se deriva de principios generales del ordenamiento jurídico y no aparece expresa en un texto legal. Por ello, es preciso tener presente que el art. 11 del Cód. Penal se refiere a *deberes jurídicos* y no sólo a *deberes legales*, aunque como es lógico éstos sean una especie de los deberes jurídicos. El segundo párrafo del art. 11, cuando señala las tres fuentes formales clásicas del deber de actuar, sólo establece que *en todo caso* se debe reconocer la existencia de un deber jurídico cuando se dan dichas fuentes, pero no limita los "especiales deberes jurídicos" a la obligación legal, el contrato o el hecho anterior riesgoso.

1146. — En estos casos el titular de los bienes jurídicos pone en manos de otro la defensa de los mismos o bien acepta que sus bienes jurídicos sean introducidos en el ámbito espacial de organización de otro que tiene el dominio del mismo, en la confianza de que en una situación de necesidad para los mismos, éstos contarán con la defensa y la ayuda del titular de dicho ámbito[62]. En esta última categoría se encuentran los titulares de lugares abiertos al público, que aunque no sean garantes, en general, de que los concurrentes al lugar no serán objeto de acciones delictivas, están obligados a comunicar los peligros que conozcan (por ejemplo, el dueño de un supermercado que recibe una amenaza de bomba debe comunicarlo a los clientes que están en sus dependencias).

1147. —También se debe estimar la existencia de una posición de garante fundada en la confianza en los casos de *comunidad de peligro*, así como en los casos en los que existe una *comunidad de vida* es-

62 Jakobs, *Strafrech, Allgemeiner Teil*, nº 29/70.

tructurada sobre la base de una ayuda mutua en situaciones de necesidad, como en los supuestos de relaciones que tienen la forma exterior de los familiares o parentales asimilables a las que se prevén expresamente en la ley civil (por ejemplo: las relaciones del sobrino huérfano que vive con su tío son asimilables a las de los hijos con sus padres y los de éstos, que, a su vez, no surgen de la ley de manera expresa).

1148. — La confianza tiene singular importancia en relación a determinadas actividades profesionales[63] como la *actividad médica*. En efecto, la posición de garante del médico no proviene de la ley ni del acto anterior y en muchos casos tampoco puede tener su fundamento en un contrato, dado que en muchos casos el paciente mayor de edad no podrá prestar su consentimiento válidamente y quienes lo prestan por él carecen de mandato. Sería verdaderamente absurdo que cuando el paciente más lo necesita, menores sean las obligaciones del médico.

— *c* —

1149. — En el ámbito de los *deberes estatales* cabe destacar, como ejemplo los de los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, que deben "impedir prácticas abusivas, arbitrarias o discriminatorias que impliquen violencia física o moral" (art. 5.2.*a*, *LO* 2/86) y "evitar un daño grave, inmediato e irreparable" (art. 5.2.*e*, *LO* 2/86). Asimismo, la Ley Penitenciaria prevé en el art. 3.4 que "la administración penitenciaria velará por la vida, integridad y salud de los internos". Esta disposición fue utilizada por el Tribunal Constitucional (*SSTC* 120/90 y 137/90) para justificar la intervención de la administración para interrumpir la huelga de hambre de reclusos, exagerando el alcance de la posición de garante de una manera sumamente discutible[64].

[63] Cfr., en relación con el abogado, Pérez del Valle, *LL*, ejemplar del 15/4/97.

[64] De la Gándara Vallejo, *Consentimiento, bien jurídico e imputación objetiva*, 1995, p. 207 y siguientes.

i — Segundo criterio de equivalencia

1150. — Como se ha visto existe un segundo criterio de equivalencia: *la omisión debe corresponder a la producción activa del resultado* que no se evitó. Esto significa que cuando la *acción* típica tiene determinadas características o modalidades, la omisión debe ser el *correlato* de esa acción[65]. A esta equivalencia se refiere el texto legal cuando exige que, además de la infracción de un especial deber jurídico, se requiere que la omisión "equivalga, según el sentido de la ley, a su causación". Es obvio que, si las omisiones no son causales, la equivalencia sólo puede tener lugar en el marco de la ilicitud.

1151. — La correspondencia no genera problemas cuando la acción que debe *causar* el resultado es indiferente y el tipo objetivo se agota en la causación (por ejemplo, no impedir la muerte de otro se corresponde con su causación). Pero en otros delitos, en los que el resultado debe ser producido por una acción especial (coacción, engaño, utilización de medios determinados, etcétera) la respuesta puede no ser tan clara: ¿se corresponde *"ejercer violencia"* a *"permitir que otros la ejerzan"*?; ¿se corresponde *"engañar"* a *"no informar"*?; ¿*"utilizar armas"* a *"no impedir que otros las usen"*?; ¿*"tener acceso carnal"* que *"no impedir que otro lo tenga"*?

1152. — En principio, los *delitos de propia mano* sólo restringidamente pueden ser cometidos por omisión (por ejemplo, el falso testimonio —art. 458: testigo que faltare a la verdad—), pero, en todo caso, queda abierta la posibilidad de la participación en ellos para el que —siendo garante— no ha impedido su realización (por ejemplo: el que permite a una persona alcoholizada conducir su propio coche, no será autor del delito del art. 379 del Cód. Penal, pero será un partícipe en el mismo)[66].

1153. — Los delitos que se cometen mediante determinadas manifestaciones o proporcionando determinadas informaciones gene-

[65] Jakobs, *Strafrech, Allgemeiner Teil*, nº 29/78.
[66] Jakobs, *Strafrech, Allgemeiner Teil*, nº 29/79.

ran también problemas especiales. Se trata sobre todo de delitos de expresión como la injuria (art. 208, Cód. Penal) o la estafa (art. 248, Cód. Penal), en los que la omisión será equivalente a la comisión activa cuando el omitente no haya impedido que el engaño llegue a su destinatario. Jakobs pone el ejemplo del jefe que no impide que el proyecto de carta injuriosa o engañosa, redactada sólo como proyecto, llegue al destinatario[67].

1154. — En todo caso es preciso tener en cuenta que la correspondencia con las modalidades del comportamiento activo no se deben convertir en una valoración general del contenido de ilicitud de la omisión en relación a la realización activa del tipo[68].

— § 87 —

El tipo subjetivo de los delitos de omisión

1155. — El tipo subjetivo de los delitos de omisión es idéntico en ambas variedades, es decir, en los propios y en los impropios.

1. En los delitos *propios de omisión dolosos* el dolo requiere conocimiento de la situación generadora del deber de actuar y de las circunstancias que fundamentan la posibilidad de la realización de la acción.
2. En los delitos *impropios de omisión dolosos* el dolo requiere conocimiento de la situación generadora del deber de actuar (lo que aquí significa básicamente conocimiento de la amenaza de producción del resultado), conocimiento de las circunstancias que fundamentan la posición de garante y de las que fundamentan la posibilidad de actuar.
3. En los *delitos de omisión culposos o imprudentes* el autor desconoce, aunque hubiera podido conocer, las circunstancias que

[67] Jakobs, *Strafrech, Allgemeiner Teil*, nº 29/80.

[68] Stree, en Schönke - Schröder, *Strafgesetzbuch, Kommentar*, 24ª ed., 1991, § 13, 187; Jescheck - Weigend, *Lehrbuch des Strafrechts*, 5ª ed., 1996, p. 630.

fundamentan el deber de actuar, su posición de garante o su posibilidad de obrar en el sentido requerido por el mandato de acción.

— § 88 —

ANTIJURIDICIDAD, RESPONSABILIDAD POR EL HECHO Y CULPABILIDAD EN LOS DELITOS DE OMISION

1156. — La antijuridicidad de un comportamiento típico se define como la realización del tipo no amparada por causas de justificación: todo comportamiento típico será antijurídico a menos que esté autorizado por una causa de justificación. Esto rige tanto para un delito de comisión como para uno de omisión. En la práctica se presentarán con mayor frecuencia casos de estado de necesidad por colisión de deberes: el deber de garante (que impone la realización de la acción tendente a evitar el resultado) y otro deber que en el mismo momento imponga al autor otro comportamiento excluyente de aquél. A tal respecto sólo cabe apuntar al margen que la teoría más moderna admite la existencia de un estado de necesidad justificante en los casos de colisión de deberes de igual jerarquía, pues se afirma, con razón, que quien de todos modos cumple con un deber no obra antijurídicamente. Este punto de vista es válido inclusive en aquellos códigos penales que regulan el estado de necesidad por colisión de bienes, atribuyéndole efecto justificante sólo a la acción que sacrifica el bien menor para salvar al mayor. La diferencia de soluciones radica en la naturaleza de la colisión de deberes.

1157. — También la culpabilidad del delito de omisión coincide sustancialmente con la de los delitos de comisión. En la teoría domina el punto de vista de que la gravedad de la culpabilidad de una comisión por omisión es menor que la de la realización activa del tipo[69]. Esto tiene naturalmente incidencia en la graduación de la pena. El nuevo texto del Código Penal no prevé la posibilidad de una atenua-

[69] Mezger, *Srafrecht, ein Lehrbuch*, p. 148.

ción de la pena. En el nivel de la culpabilidad como presupuesto de la pena (es decir, en la teoría del delito) no hay diferencia sustancial[70].

La responsabilidad por el hecho no ofrece en el delito de omisión diferencias respecto del delito de comisión.

— § 89 —

AUTORIA, PARTICIPACION Y TENTATIVA

a — Autoría y participación

1158. — La autoría del delito de omisión depende de la infracción del deber de actuar o de impedir el resultado que sea equivalente a su producción activa. La coautoría no es posible ya que, al no darse en los delitos de omisión un dolo en el sentido de los delitos de comisión, no es posible una "decisión común al hecho"[71].

Tampoco es posible hablar de una "autoría mediata omisiva". En el caso en que uno, mediante fuerza irresistible, impide que otro realice la acción mandada, no se da sino la acción positiva del que impide realizar la acción y produce la lesión del bien jurídico.

1159. — La participación debe tratarse en dos formas distintas: la participación mediante un comportamiento omisivo y la participación activa en un delito de omisión.

1 — La participación mediante un comportamiento omisivo en un delito de comisión

1160. — La participación omisiva en un delito de comisión podría adoptar la forma de inducción o de complicidad (necesaria o no).

La teoría dominante rechaza la posibilidad de inducción por omisión[72]. El fundamento de este punto de vista consiste en que el induc-

[70] Mir Puig, adiciones a la traducción española de Jescheck, *Tratado de derecho penal. Parte general*, t. II, p. 846.

[71] Kaufmann, Armin, *Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte*, p. 189; otro punto de vista, Jescheck, *Lehrbuch des Strafrecht, Allgemeiner Teil*, p. 521.

[72] Jescheck, *Lehrbuch des Strafrecht, Allgemeiner Teil*, p. 562.

tor debe crear el dolo del delito en el autor, es decir, la decisión del hecho. Mediante omisión no se crea la decisión sino que sólo no se impide que ésta surja[73]. Por el contrario, se piensa que no impedir que el autor tome la decisión del hecho debe sancionarse en la forma correspondiente al acto positivo de inducir o instigar si el omitente era garante del no surgimiento de la decisión[74]. El fundamento de esta posición reside en que la inducción o instigación no requiere expresamente una forma activa, por cuya razón sería posible aceptarla también omisivamente. De esta manera, si se aceptara que el abogado es garante de que el testigo no cometa falso testimonio, el no impedir que en este último surja la decisión de declarar falsamente sería suficiente para condenarlo como inductor de tal delito (art. 458, Cód. Penal). La posición de Schmidhäuser debe rechazarse, pues importa una aplicación analógica de la ley. Rudolphi[75] admite una inducción o instigación por omisión cuando el garante no impide, por ejemplo, que un tercero induzca al autor en forma activa.

1161. — La cuestión de si es posible una complicidad omisiva (necesaria o no) en un delito de comisión es discutida. Una parte considerable de la teoría considera que habría complicidad si al omitente le incumbe un deber de garantía[76].

Por el contrario, se sostiene que "el hombre no puede ser causal y por tanto no es posible favorecer por omisión un delito de comisión"[77]. Si el garante omite impedir el resultado será autor si podía evitar este último, pero no cómplice.

1162. — Desde otro punto de vista se mantiene que la complicidad por omisión es posible cuando la omisión del garante no es equivalente a la autoría de un delito de comisión y, por lo tanto, no fundamenta una autoría por omisión. Se trata de los casos en los que el garan-

[73] Cfr. Jescheck, *Lehrbuch des Strafrecht, Allgemeiner Teil.*

[74] Schmidhäuser, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, p. 707.

[75] Rudolphi, en *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, § 13, 42.

[76] Maurach, *Deutsches Strafrecht, Allgemeiner Teil*, p. 693; Jescheck, *Lehrbuch des Strafrecht, Allgemeiner Teil*, p. 566.

[77] Kaufmann, Armin, *Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte*, p. 295; Welzel, *Das Deutsche Strafrecht*, p. 207.

te omite impedir que un tercero realice la acción delictiva y el delito no es comisible omisivamente. Por ejemplo: cuando omite impedir, infringiendo el deber emergente de su posición de garante, un delito de propia mano o cuando carece de un especial elemento subjetivo de la autoría, como es el ánimo de lucro en el hurto. En estos casos infringe el deber de impedir el resultado pero no puede ser autor, por lo que debería ser condenado como cómplice[78]. A ello debería agregarse, según esta opinión, el supuesto del garante que omite impedir una acción de complicidad de un tercero: el padre que omite impedir que su hijo menor preste un arma de fuego a los autores del homicidio[79]. Esta forma de resolver el problema cubre, indudablemente, las lagunas de punibilidad que deja abierta la solución que niega la posibilidad de complicidad omisiva en un delito de comisión. Sin embargo, se trata de una solución que extiende los límites de la complicidad por encima de los que marca el principio de legalidad.

2 — La participación activa en un delito de omisión

1163. — La instigación o inducción no es una forma admisible de participación en un delito de omisión. En verdad, dadas las particularidades que hemos visto del mismo, lo que se debería considerar como inducción es la disuasión de actuar en cumplimiento del deber: en otras palabras, la neutralización de una acción positiva que impediría la producción del resultado. Este hecho es equivalente a la acción típica de un delito de comisión[80].

A su vez, una complicidad activa en un delito de omisión no sería concebible sino como una "ayuda psíquica" para la omisión de la acción que hubiera evitado el resultado. Por lo tanto, valen aquí las mismas conclusiones que respecto de la inducción[81].

[77] Roxin, *Täterschaft und Tatherrschaft*, p. 477 y ss.; Rudolphi, en *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, § 13, 41.

[79] Rudolphi, en *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, § 13, 42.

[80] Cfr. Kaufmann, Armin, *Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte*, p. 193 y ss.; Welzel, *Das Deutsche Strafrecht*, p. 297.

[81] Otro punto de vista: Roxin, *Täterschaft und Tatherrschaft*, p. 510 y ss.; Rudolphi, en *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, § 13, 44 y siguientes.

b — La tentativa de un delito de omisión

1164. — Lo que se llama tentativa en los delitos de omisión es la "omisión de intentar cumplir con el mandato de acción"[82]. La punibilidad de la omisión del intento de cumplir el deber sólo es posible si se toma en cuenta un punto de vista subjetivo, de acuerdo con el cual "la tentativa omisiva comienza (y acaba) en el último momento en el que el obligado tendría que haber realizado eficazmente la acción según su representación"[83]. En este sentido sería sancionable como tentativa acabada (delito frustrado)[84].

— § 90 —

LA LLAMADA "OMISION POR COMISION"

1165. — La categoría de la omisión por comisión ha adquirido en los últimos tiempos una cierta relevancia, luego de haber sido prácticamente olvidada desde que se la introdujo en la discusión[85].

La teoría distingue aquí diversos grupos de casos, en los que la característica común consiste en que el obligado a actuar interviene activamente en el suceso para impedir que la acción alcance el objetivo de salvación del bien jurídico.

1166. — En este sentido se presentan tres grupos de supuestos que ejemplifican el concepto de omisión por omisión:

a) Los casos en los que el obligado a obrar se pone voluntariamente en condiciones que le impiden realizar la acción debida —casos que Rudolphi[86] denomina de *ommissio libera in causa*—;

[82] Kaufmann, Armin, *Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte*, p. 221 y ss.; Welzel, *Das Deutsche Strafrecht*, p. 221.

[83] Welzel, *Das Deutsche Strafrecht*, p. 221.

[84] Bacigalupo, *Delitos impropios de omisión*, p. 187 y siguientes.

[85] Overbeck, en "GS" 88 (1922), p. 319 y ss.; Kaufmann, Armin, *Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte*, p. 195 y ss.; Roxin, en *Festschrift für Engisch*, 1969, p. 380 y ss.; Rudolphi, en *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, § 13, 46 y ss.; Samson, en *Festschrift für Welzel*, p. 579 y siguientes.

[86] Rudolphi, en *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, § 13, 46 y siguientes.

ejemplo: el cajero de un banco se pone en estado de ebriedad para no impedir que otro compañero se apodere del dinero que tiene a su cuidado.

b) Los casos en que el obligado a realizar la acción da comienzo a la acción debida, pero en un determinado momento la abandona o la interrumpe: el que arroja un salvavidas a otro pero luego se arrepiente y lo retira antes de que la víctima se haya servido de él y logrado salvarse[87].

c) Los casos en los que uno —no obligado a obrar— impide que lo haga el obligado a hacerlo[88].

1167. — Por un lado, se niega a la categoría de la omisión por comisión toda autonomía conceptual y se afirma rotundamente que "no existe"[89], pues en estos casos se trata de verdaderos delitos de comisión realizados en autoría mediata (cuando se impide obrar a un tercero obligado). Sin embargo, la autoría mediata activa no resulta adecuada cuando el propio obligado se pone en condiciones que le impiden cumplir con el deber impuesto. En estos supuestos, sin embargo, tampoco podrá hablarse de una categoría específica. Ello resulta claro en el caso del desistimiento: si el autor estaba obligado a cumplir una acción y no la ha cumplido, el comienzo de cumplimiento es irrelevante para la valoración jurídica del hecho, por lo tanto habrá que apreciar lisa y llanamente una omisión. Lo mismo cabe afirmar respecto del que se pone en condiciones de no poder realizar la acción; aquí el obligado obra respecto de sí mismo como si él fuera un tercero y, por lo tanto, debe apreciarse un acto positivo sin más.

Distinto es el punto de vista de Roxin[90], quien piensa que en los casos en que se desiste activamente de la acción debida ya iniciada habrá que considerar la comisión de un hecho activo cuando la acción ya ha llegado a manos de la víctima, pero no en los otros supuestos.

[87] Kaufmann, Armin, *Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte*, p. 195; Roxin, en *Festschrift für Engisch*, p. 382; Rudolphi, en *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, § 13, 47.

[88] Cfr. en general Rudolphi, en *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, § 13, 47.

[89] Kaufmann, Armin, *Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte*, p. 203.

[90] Roxin, en *Festschrift für Engisch*, p. 385 y siguientes.

Capítulo XIII

Concurrencia de leyes penales y concurrencia de delitos

—§ 91—

Introduccion

1168. —La cuestión de la aplicación de la ley penal a un hecho delictivo requiere con frecuencia resolver, en primer lugar, el problema de la relación existente entre los posibles tipos penales aplicables (concurrencia aparente de leyes) y, en segundo lugar, la determinación de la unidad o pluralidad de acciones ejecutadas por el autor (concurso de delitos). Es claro que estas problemáticas son esencialmente distintas.

1169. —La cuestión de la concurrencia aparente de leyes (es decir, de tipos penales aplicables) se desenvuelve en un plano en el que sólo entra en consideración una relación de tipos penales entre sí; por ejemplo: se trata de saber si el uso de documento falsificado (art. 393, Cód. Penal.) en una estafa (art. 248, Cód. Penal.) se debe juzgar sólo como estafa porque este tipo excluye al otro o si, por el contrario, es posible aplicar ambos tipos penales al mismo hecho; si el robo excluye la aplicación del hurto o si ambos tipos pueden aplicarse al mismo hecho en razón de que la acción de robo realiza también todos los elementos del hurto.

1170. —El problema del concurso de delitos presupone, por el contrario, que ya se ha resuelto la relación de los tipos entre sí y de lo que se trata es de saber si la acción se subsume bajo un tipo penal o bajo varios (concurso ideal) y, además, si el autor ha realizado varias ac-

ciones y varias lesiones de la ley penal (concurso real). En otras palabras: ¿qué pena es aplicada si una única acción se adecua a más de un tipo penal? (por ejemplo: la acción de robo con violencia en las personas produce también lesiones corporales; se plantea entonces la cuestión de si debe aplicarse sólo la pena del robo o es posible también aplicar la de las lesiones); si el autor ha realizado varias acciones que independientemente unas de otras se adecuan a más de un tipo penal (por ejemplo: el autor mata al guardia y luego realiza las acciones de un robo), la cuestión consiste en saber de qué manera se deben aplicar las distintas penas (simple acumulación aritmética, acumulación limitada, etcétera).

Por lo tanto, mientras en los casos de concursos aparentes se discute sobre la relación de tipos entre sí, en los supuestos de concurso de delitos (ideal o real) se trata de una relación entre varios tipos penales y una o varias acciones.

1171. — La cuestión del concurso tiene una incidencia directa en la determinación del marco penal aplicable (es decir, para la determinación del máximo y mínimo de la pena: la solución de un concurso aparente de leyes importa la exclusión de las penas que serían consecuencia de los tipos penales excluidos. A su vez la determinación de si una acción se adecua a un tipo o a más de uno, o si varias acciones realizan diversos tipos (o más de una vez el mismo tipo) genera la cuestión de si es suficiente sanción la pena de un delito para una acción de múltiple adecuación o de si la pluralidad de acciones típicas debe sancionarse mediante la acumulación de las penas previstas para cada delito y, en este caso, hasta dónde puede alcanzar tal acumulación (¿es indefinida o tiene un límite?).

— § 92 —

El concurso (aparente) de leyes penales

1172. — Como hemos visto, habrá un concurso (aparente) de leyes penales cuando el contenido de ilícito de un hecho punible ya está contenido en otro y, por lo tanto, el autor sólo haya cometido una única lesión de la ley penal. Esta situación se da cuando entre los tipos

penales que serían aplicables al caso concreto exista una relación de especialidad, de subsidiariedad o de consunción. La caracterización de las diferentes formas que pueden alcanzar las relaciones entre los tipos penales en el caso de concurso de leyes es considerada, lo mismo que la delimitación de uno y otro supuesto, como "discutida y sin ninguna esperanza"[1]. La consecuencia práctica del concurso de leyes reside en que sólo es aplicable la pena del delito que desplaza a los otros y, además, en la determinación de esa pena no se deben computar otras violaciones de la ley, dado que sólo se ha infringido una de las normas aparentemente concurrentes. Esto último marca una diferencia fundamental con la consecuencia jurídica del concurso ideal, en el que, como veremos, de acuerdo con el principio de absorción se aplica la pena del delito más grave, pero teniendo en cuenta que el autor también ha cometido otras violaciones de la ley penal[2].

1173. — El texto legal que regula estas cuestiones ha sido introducido por la nueva redacción (*LO* 10/95) del Código Penal. Anteriormente los problemas del concurso aparente de leyes o de normas, carecían de una regulación legal expresa. El art. 8° del Cód. Penal es, en este sentido, una disposición no habitual en las legislaciones europeas, aunque viene a codificar soluciones dogmáticas ya admitidas por la práctica.

1174. — La aplicación de las reglas del art. 8° del Cód. Penal depende según el texto legal de dos circunstancias:

a) Que el hecho sea subsumible (aunque sea parcialmente) bajo más de un tipo penal ("susceptible de ser calificado con arreglo a dos o más preceptos de este Código").

b) Que el hecho no esté comprendido en los supuestos de concurso de delitos ("no comprendidos en los arts. 73 a 77").

1175. — Aparentemente las reglas del art. 8° del Cód. Penal serían aplicables cuando, siendo el hecho subsumible bajo más de un tipo penal, no lo sean las del concurso de delitos. Sin embargo, el legisla-

[1] Stratenwerth, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, n° 1117.

[2] Samson, en *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, § 52, 28; otro punto de vista: Jescheck, *Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil*, p. 604; probable-

dor ha expresado estas condiciones al revés. En efecto, son las reglas del concurso de delitos (arts. 73 a 77, Cód. Penal), las que son aplicables cuando no lo sean las del art. 8° del Cód. Penal. Esto significa que las reglas del concurso de delitos se deben aplicar cuando no intervenga ninguno de los *criterios de exclusión* que expone el art. 8° del Cód. Penal *(especialidad, subsidiariedad y consunción)*. En la práctica las reglas del art. 8° del Cód. Penal se deben aplicar cuando se comprueba que un hecho se subsume bajo más de un tipo penal.

a — Especialidad: "lex specialis derogat legi generali" (art. 8°.1ª, Cód. Penal)

1176. — La opinión generalizada considera que la relación de especialidad es la que ofrece menos dificultades teóricas. La misma se dará cuando un tipo penal tenga todos los elementos del otro pero, además, algún elemento que demuestra un fundamento especial de la punibilidad. En verdad, la realización del tipo especial no es sino una forma específica de lesión de la ley (del tipo) más general. Por ejemplo: el asesinato (art. 139, Cód. Penal) es especial respecto del homicidio (art. 138, Cód. Penal). Consecuentemente, la aplicación del tipo del art. 139 excluye la del contenido en el art. 138. La relación de especialidad se da en todos los casos en que los tipos guardan la relación de cualificado o privilegiado con respecto al tipo básico. La determinación de si un delito representa una hipótesis especial del tipo básico o si, por el contrario, constituye a su vez un tipo autónomo, es decir, otro tipo básico, puede ser discutida.

b — Subsidiariedad: "lex primaria derogat legi subsidiariae" (art. 8°.2ª, Cód. Penal)

1177. — Con referencia a la subsidiariedad ya no es posible establecer un único punto de vista en su fundamentación[3]. Se dará esta

---

mente de otra opinión: Gimbernat Ordeig, *Introducción a la parte general del derecho penal español*, p. 153; Rodríguez Devesa, *Derecho penal español. Parte general*, p. 191; Córdoba Roda, en Córdoba Roda - Rodríguez Mourullo, *Comentarios al Código Penal*, t. II, p. 327.

[3] Samson, en *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, § 52, 62 y ss.; Stratenwerth, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, n° 1191.

relación cuando un tipo penal sólo sea aplicable en tanto no resulte aplicable otro. La subsidiariedad puede ser expresa o tácita, según esté ordenada en la ley o deba ser deducida de ésta por interpretación.

1178. —Los casos de subsidiariedad expresa se dan cuando el texto legal indica que el precepto es aplicable, siempre que no lo fuera otro más grave.

Los supuestos de subsidiariedad tácita deben deducirse por vía interpretativa. Para ello es preciso tener en cuenta que la relación entre un tipo penal y otro debe ser de tal naturaleza que la relación de ambos mediante una única acción no debería dar lugar a la aplicación de las reglas del concurso ideal. Tal situación es de apreciar cuando uno de los tipos penales no implique sino una ampliación de la protección penal de un bien jurídico a estadios previos respecto de la lesión del mismo. Ello resultará claro, por ejemplo, entre la tenencia de instrumentos para la falsificación (art. 400 y ss., Cód. Penal) y el delito de falsificación, o entre los delitos de peligro y de resultado contra un mismo bien jurídico (por ejemplo, lesiones corporales menos graves son subsidiarias de las más graves). Este punto de vista sobre la subsidiariedad puede considerarse como un criterio estrecho, frente a otros más amplios[4]: "la subsidiariedad puede derivarse del fin y la conexión de los preceptos. Significa, por tanto, que según la voluntad de la ley un tipo contiene en forma exclusiva la calificación del hecho". La mayor o menor amplitud con que se considere la subsidiariedad tiene su contrapartida, por lo general, en la que se acuerde a la consunción[5].

c — Consunción: "lex consumens derogat legi consumptae" (art. 8°.3ª, Cód. Penal)

1179. —La relación de consunción se da cuando el contenido de ilícito y la culpabilidad de un delito están incluidos en otro[6]; en otras

[4] Stree, en Schönke - Schröder, *Strafgesetzbuch, Kommentar*, previo al § 52 y ss., 107.

[5] Schmidhäuser, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, p. 733.

palabras, cuando "la realización de un tipo (más grave), por lo menos por regla general, incluye la realización de otro (menos grave)"[7]. La relación no es de naturaleza solamente lógica.

1180. —Aunque pueda considerarse que en la definición de la consunción existe, en principio, acuerdo, no lo hay respecto de los supuestos que corresponde tratar en esta categoría. Mientras unos autores incluyen dentro de ella los hechos posteriores copenados[8], otros los tratan en forma independiente[9].

Puede constatarse un acuerdo en los casos en que se trata de "hechos acompañantes característicos"[10]. Ejemplos de ellos son el uso ilegítimo de vehículo de motor (art. 244, Cód. Penal) y el hurto del combustible que se consume en la realización de la acción de uso ilegítimo; el aborto y las lesiones que con él se causan[11]. En la jurisprudencia más reciente el Pleno de la Sala 2ª del Tribunal Supremo ha recurrido al concepto de "hechos acompañantes característicos", en la *STS* 1088/97, de 1/12/97, la Sala de lo Penal consideró que la introducción de droga en España está consumida en la pena prevista para el tráfico de drogas (art. 368, Cód. Penal) y excluye la aplicación de la pena de contrabando (*LO* 12/95).

1181. —La consunción alcanza también a los *actos posteriores copenados*, que son los que constituyen la realización de un nuevo tipo penal cuyo contenido es el aseguramiento o la utilización de la cosa adquirida delictivamente[12]. Genéricamente puede sintetizarse la idea fundamental de este supuesto de la siguiente manera: son casos

[6] Samson, en *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, § 52, 71; Jescheck, *Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil*, p. 602.

[7] Stratenwerth, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, p. 1187.

[8] Jescheck, *Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil*, p. 602; Samson, en *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, § 52, 72 y siguientes.

[9] Stratenwerth, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, nº 1195.

[10] Jescheck, *Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil*, p. 603; Schmidhäuser, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, p. 734 y ss.; Samson, en *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, § 52, 76.

[11] Stratenwerth, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, nº 1188.

[12] Jescheck, *Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil*, p. 602; Samson, en *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, § 52, 74; Stratenwerth, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, nº 1195 y siguientes.

en los que la interpretación permite afirmar que la relación existente entre la realización del delito principal y el posterior constituye una unidad tal que la ley la considera alcanzada por la pena del primero[13].

1182. — El tratamiento de estos hechos como supuestos de consunción se basa en que "los delitos de aseguramiento y utilización retroceden ante el delito cometido para la adquisición de la cosa, que es el propio centro de gravedad del ataque criminal, en tanto no ocasionen al afectado un nuevo daño o no se dirijan contra un nuevo bien jurídico"[14].

1183. — Ejemplo de hechos posteriores copenados sería el uso del documento por quien lo ha falsificado[15]. Por el contrario, no serían hechos posteriores copenados la destrucción (delito de daños) o la venta posterior de la cosa hurtada engañando a un tercero sobre la propiedad de la misma, pues ocasionan un nuevo daño o se dirigen contra un nuevo bien jurídico respectivamente.

Desde el punto de vista terminológico hay quienes designan estos supuestos como "actos posteriores impunes"[16].

— § 93 —

EL CONCURSO DE DELITOS

1184. — La legislación y la teoría distinguen entre los casos en que *una acción* realiza más de un tipo penal y los de *varias acciones* que realizan más de un tipo penal, o más de una vez el mismo tipo penal. La unidad de acción con pluralidad de lesiones de la ley penal se denomina concurso ideal de delitos. La pluralidad de acciones con plu-

13 Stree, en Schönke - Schröder, *Strafgesetzbuch, Kommentar*, previo al § 52 y ss., 112.

14 Stratenwerth, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, nº 1195.

15 Rodríguez Devesa, *Derecho penal español. Parte general*, p. 190.

16 Rodríguez Devesa, *Derecho penal español. Parte general*, p. 190; Stratenwerth, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, nº 1195, que utiliza a la vez la terminología que hemos empleado aquí.

ralidad de lesiones de la ley penal (lesión repetida de una o de varias leyes) recibe el nombre de concurso real o material.

1185. —Las consecuencias jurídicas de ambas formas de concursos se determinan por distintos principios. En los casos de unidad de acción con pluralidad de lesiones (concurso ideal) las leyes suelen aplicar el principio de absorción, según el cual debe imponerse la pena en su mitad superior, "sin que pueda exceder de la que represente la suma de las que correspondería aplicar si se penan separadamente las infracciones" (art. 77, Cód. Penal). La pluralidad de acciones con pluralidad de lesiones (concurso real) se rige, en general, por el principio acumulativo, que establece la aplicación de penas independientes para cada delito y la acumulación de las mismas (art. 73, Cód. Penal, con el límite previsto en el art. 76).

1186. —El tratamiento del tema de las formas de concurso requiere previamente definir los criterios sobre la unidad y pluralidad de acciones.

En la teoría y en cierta jurisprudencia se ha confundido la cuestión de la unidad de acción con la unidad o pluralidad de resultados. Este punto de vista ha sido ya antiguamente criticado, con razón, porque es indudable que las normas sólo pueden dirigirse a prohibir o a ordenar acciones, no resultados[17]. La jurisprudencia había tenido en cuenta el principio de la unidad de acción en el caso del delito imprudente, respecto del cual decide la cuestión de la unidad de acción *sin* tomar en consideración los resultados producidos por aquélla. Ultimamente este criterio —que, en principio, sólo parecía regir para el delito imprudente— ha sido extendido también a los casos de dolo en la *STS* 1335 *bis*/92, y en la *STS* 861/97 expresamente respecto del dolo eventual. De esta manera, se viene a decir que el número de resultados no es el número de acciones, ni en el delito imprudente ni en el delito doloso, dado que lo que vale para el dolo eventual no tiene por qué no valer para otras formas de dolo.

[17] Cfr. *STS* 1335 *bis*/92, del 23/4/92 (caso del síndrome tóxico) con referencias a la jurisprudencia anterior del Tribunal Supremo. Ver también *STS* 861/97, del 11/6/97; cfr. sobre esta problemática, Choclán Montalvo, *El delito continuado*, Madrid, 1997, p. 84 y siguientes.

1187. — En la *STS* 1335 *bis*/92, del 23/4/92, el Tribunal Supremo dedicó un extenso fundamento jurídico a esta cuestión:

> La segunda cuestión presentada por la tesis defendida por el representante del Ministerio Público se refiere, en verdad, a la pena aplicable, es decir, está más vinculada con la relación concursal que existe entre los distintos hechos que la Audiencia le imputa a Juan Miguel Bengoechea Calvo, que con el dolo en sí mismo, pues tiene que ver con el número de hechos y, por tanto, con el de penas que corresponde aplicar al procesado Juan Miguel Bengoechea. La Audiencia entendió en su apretada motivación (cfr. fundamento jurídico 3.1) que "las muertes y las lesiones deben atribuirse a la culpa temeraria y profesional" y entendió que el procesado Juan Miguel Bengoechea "no parece que quiera directa o indirectamente matar o lesionar". De ello dedujo que su comportamiento se debía subsumir en el art. 348 del Cód. Penal (en relación con el art. 346 del Cód. Penal). Pero dado que para ello sólo era preciso un resultado de muerte, las restantes muertes (329, que el Fiscal denomina "muertes restantes") se debían sancionar como un delito culposo o imprudente, único en relación con los arts. 407, 420, 422 y 528. Estos hechos, según el Tribunal *a quo*, no dan lugar a una pluralidad de hechos, es decir, a un concurso real, "habida cuenta que la relación fáctica no permite definir, en el orden que ahora nos ocupa, otras acciones nítidamente separables que constituyan sendas unidades delictivas".
> Precisamente contra esta afirmación se dirige la argumentación del Ministerio Fiscal, pues entiende que si se afirmara la existencia de dolo respecto de los resultados de muerte se debería estimar la pluralidad de hechos que la Audiencia ha rechazado. Implícitamente el Fiscal se apoya en una doctrina para la cual la realización de una acción dolosa con varios resultados importa tantos hechos como resultados, mientras que si la acción es imprudente sólo constituiría un hecho.
> Los efectos prácticos de la tesis del Fiscal dependen, en primer lugar, de si es correcto que la pluralidad de resultados deba ser considerada como el criterio determinante de una pluralidad de acciones dolosas, aunque no mereciera igual consideración en el delito culposo, respecto del cual el *desideratum* sería la unidad de acción. En este caso la cuestión, de todos modos, sólo tiene trascendencia teórica, dado que, admitida la existencia de dolo, operarán los límites del art. 70.2° del Código Penal.
> Las *SSTS* del 8/11/55 y 21/2/66 establecieron (entre otras) que todos los resultados de la imprudencia dan lugar a un solo delito culposo. Este punto de vista tiene una larga tradición en la jurisprudencia de esta Sala, en la que se sostiene en forma reiterada que siendo la única acción se deben aplicar las reglas del concurso ideal aunque sean varios los resultados producidos (cfr. las *SSTS* del 18/10/27, n° 54, lesiones y daños; 12/12/31 [A. 1751], homicidio, lesiones y daños; 14/12/31 [A. 1753], homi-

cidio y daños; 2/4/32, nº 126, homicidio y daños; 11/5/40 [A. 487], lesiones y daños; 11/6/49 [A. 854], daños; 8/11/55 [A. 1989], lesiones y daños). También las *SSTS* del 14/12/31 y 11/4/72 afirmaron que "un solo hecho imprudente, aunque origine diversos males, constituye un solo delito". Por su parte, la *STS* del 18/1/72 subrayó que aunque existieran tantos delitos como resultados típicos, a efectos de punición se los debe aglutinar en un solo delito, teniendo en cuenta el resultado más grave.

La solución dada a esta cuestión, sin embargo, no es aparentemente tan uniforme en la jurisprudencia respecto de los delitos dolosos.

En los más antiguos precedentes de esta Sala se consideró que para determinar la diferencia entre el concurso ideal y el real lo decisivo es la unidad o la pluralidad de acciones, sin tomar en cuenta el número de resultados. Así, la Sala consideró en el caso de una misma acción dolosa que produjo dos muertes que "cuando un solo hecho constituye dos o más delitos, como sucede en el presente caso, no deben penarse éstos separadamente" (*STS* del 18/6/72). Asimismo, la *STS* del 7/7/09 estableció que no se debían penar separadamente los delitos de asesinato y aborto, por los que se había condenado a la procesada, "por haberse realizado en un solo acto los expresados delitos". Dicho de otra manera: la antigua jurisprudencia de esta Sala atendió a idénticos criterios en los delitos dolosos y en los culposos.

Por el contrario, en la jurisprudencia más moderna, se debe reconocer, la situación no resulta tan clara, aunque en verdad los precedentes no se han apartado nunca categóricamente del criterio de la unidad o pluralidad de acciones. Por un lado, en algunos de estos precedentes (por ejemplo, *STS* del 17/6/88) se hace referencia a las acciones perfectamente diferenciadas, sobre todo cuando se trata de acciones correspondientes a delitos en los que prácticamente no existe una distinción entre el comportamiento y sus efectos (quebrantamiento de condena, robo, depósito de armas y hurto de vehículo en la mencionada sentencia). En otros precedentes, referidos a delitos con resultado material claramente diferenciable en la acción de la Sala, pareciera adoptar otro criterio, pues se sostiene que lo determinante es la variedad de los sujetos pasivos sobre los que recaen los efectos de la acción (por ejemplo, *STS* del 20/12/88). "Por ello —afirma la *STS* del 20/12/88— matar a varias personas o violar a varias mujeres o lesionar dolosamente a dos o más sujetos no constituye una modalidad de concurso ideal de delito, ni siquiera cuando las muertes (...) responden a una identidad de acción". Consecuentemente, la *STS* del 29/4/81 entiende que la unidad de sujeto pasivo de varias lesiones se debe considerar como un solo hecho (en igual sentido la antigua *STS* del 16/11/1889). Este criterio, sin embargo, no contradice en principio la tesis de la unidad o pluralidad de acciones como fundamento del concurso de delitos, dado que, aplicado —sobre todo— al delito de violación, no hace otra cosa que tomar en cuenta la reiteración del ataque a una diversi-

dad de sujetos atacados para deducir de ello la existencia de otras tantas decisiones independientes del autor de realizar el tipo penal. Dicho de otra manera: la renovación del ataque ante sujetos diferentes demuestra una pluralidad de acciones naturales. Es evidente que con una única acción natural (con la misma decisión y el mismo movimiento corporal) no es posible violar a dos personas y —por regla general— tampoco lesionar dolosamente a dos sujetos pasivos. Estas consideraciones son también trasladables al homicidio de varios sujetos, como es claro, cuando el ataque a cada uno de ellos requiere la renovación de la decisión de matar.

En otras ocasiones la jurisprudencia ha hecho referencia a los bienes jurídicos protegidos. Así, por ejemplo, lo sugiere la *STS* del 14/3/88, en la que se sostiene, sin mencionar la independencia de las acciones ejecutadas por el autor, que la acción de presentar juntamente al cobro dos talones en los que previamente se falsificó la firma del titular "incide en el delito de falsificación de documentos mercantiles, por un lado, y en el de estafa, por otro, en cuanto cada uno ofende bienes jurídicos distintos". Este criterio ha sido también frecuentemente utilizado por la Sala, pero para excluir al concurso de normas (o aparente) entre el art. 344 del Cód. Penal y los delitos de contrabando.

El criterio de la unidad y pluralidad de acciones, por lo demás, se ratificó recientemente en la *STS* del 15/3/88, en la que la Sala recurrió expresamente al criterio de la unidad de acción afirmando que "la base estructural de concurso ideal radica en la unidad de acción, pese a su proyección plural en el área de la tipicidad penal. Si se acusa la presencia de dos o más acciones, constitutiva cada una de un delito (...), se trata de una modalidad o subforma de concurso real (...)".

La idea de la unidad de acción en los supuestos de delitos dolosos con pluralidad de resultados, por otra parte, se percibe de una manera clara en los casos de la unidad de acción por continuación —delito continuado—. Aquí la pluralidad de resultados no impide la unidad de hecho, como se observa en la copiosa jurisprudencia que existe en materia de delito continuado, figura que, como es claro, sólo se configura en presencia de dolo. En tal sentido, las *SSTS* del 16/1/81, 16/2/82 y 26/10/82 —entre otras— señalan categóricamente que se apreciará unidad delictiva cuando concurra un único acto de voluntad encaminado a la realización del delito, aunque, como es lógico, éstos tengan pluralidad de resultados. De todo ello surge que la jurisprudencia ha tratado la cuestión de la unidad o pluralidad de delitos sobre la base de criterios cuya diversidad es sólo aparente en lo referente a los elementos que determinan la unidad de acción, pero sin haber rechazado esta tesis en forma expresa y categórica en ningún momento. En realidad, sólo cabe afirmar que la discrepancia entre el tratamiento dado a la pluralidad de resultados en el delito culposo y en el delito doloso es más aparente que real, puesto que es normal que en los delitos imprudentes, en general, sea claro que es única la acción que in-

fringe el cuidado debido, a pesar de la pluralidad de resultados, mientras en los dolosos, por regla general, se requiere una comprobación más compleja.

La diversidad de soluciones según el carácter doloso o imprudente de la acción, por otra parte, no parece ser la más adecuada. Partiendo del carácter personal de lo ilícito penal es evidente que la pena se dirige contra la acción y no contra el resultado. La norma sólo puede ser vulnerada por la acción y, consecuentemente, no se justifica en modo alguno que en los delitos dolosos se considere que la unidad o pluralidad de hechos dependa de los resultados producidos, pues "el delito —decía ya en los primeros años de este siglo quien puede ser considerado uno de los padres de la dogmática penal moderna— es acción, es decir, una modificación en el mundo exterior reconducible a un querer humano". Es indudable que si sólo las acciones pueden infringir una norma de infracciones de la norma dependerá del número de acciones. El punto de vista contrario, defendido ocasionalmente en el siglo XIX, antes de 1880, bajo el influjo acentuado del principio de causalidad, se fundamentaba en la concepción de delito como causalidad: La acción, se decía aisladamente, es causalidad, varios resultados requieren plurales causalidades; por tanto, existen varias acciones cuando se dan varios resultados. Tal criterio no mereció aprobación de parte de la teoría. Más aún, inclusive los representantes de las teorías causales de la acción lo rechazaron, considerándolo erróneo por identificar acción y resultado. Sin perjuicio de lo cuestionable que resulta afirmar que cada resultado presupone una causalidad independiente cuando la única causa es una única acción (por ejemplo, un disparo que mata a más de una persona), lo cierto es que, si se admitiera tal criterio, el distinto tratamiento de la pluralidad de resultados en el delito doloso y en el culposo sería una inconsecuencia difícil de explicar. Inclusive partiendo del llamado *crimen culpae*, para el que la letra del art. 565 del Cód. Penal podría ser un fundamento, no resultaría adecuado considerar que en el delito doloso y en el culposo la diversidad de resultados deba ser tratada de forma diversa, pues si el fundamento de la pluralidad de acciones es la supuesta pluralidad de causalidades, ello obligaría a admitir tantos hechos punibles como causalidades, también en delito imprudente.

De todos modos, se debe señalar que la extensión del criterio del resultado al delito culposo —como algunos autores han propuesto— tampoco parece ser la solución más adecuada para lograr un desarrollo consecuente. No se puede olvidar en este sentido que el criterio del resultado en relación al concurso de delitos ha sido considerado, por un lado, como una forma de la responsabilidad que corresponde "al período cultural de la responsabilidad por el resultado". Por otro lado, se trata de un criterio que conduce a intolerables conclusiones si se aplica en forma estricta, pues resultaría, por ejemplo, que quien da varios puñetazos y produce varias

lesiones debería ser considerado autor de tantas lesiones dolosas como golpes ha recibido la víctima, lo que la jurisprudencia no parece haber aceptado en ningún caso. Precisamente, para no llegar a esta solución se necesita recurrir, como es claro, al criterio de la unidad del sujeto pasivo; pero ello no es sino una demostración de la ineptitud del criterio del resultado para posibilitar soluciones adecuadas, dado que en el caso del delito continuado el criterio de la unidad del sujeto ya no es utilizable, pues lo excluye el propio texto legal según el cual es indiferente que se ofenda a "uno o varios sujetos". Sin perjuicio de lo anterior, además, el resultado no podría servir de criterio general, pues no todos los delitos tienen resultado material ni un resultado claramente diferenciado de la acción, ello sin perjuicio de que en la tentativa y frustración tampoco los delitos de resultado requieren la producción del mismo. Un criterio que requiere tantas excepciones en relación a situaciones particulares, en consecuencia, no resulta plausible para explicar de una manera razonable la aplicación de la ley.

El criterio del resultado, por lo demás, no está impuesto por el legislador, dado que no es una consecuencia de que uno de los textos legales haga referencia al "hecho" (art. 68) como se pudiera creer. En realidad, los otros textos se refieren también a "dos o más delitos o faltas" (arts. 69 y 69 *bis*, Cód. Penal). Una razón que explique la preferencia de la palabra "hecho" respecto de las otras expresiones utilizadas por el legislador no surge de los textos ni del contexto de la ley. Pero, aunque se entendiera que la ley se quiso referir exclusivamente a "hechos" por oposición a "acciones", es indudable que, desde el punto de vista de una interpretación gramatical, tal entendimiento no parece adecuado para apuntalar el criterio del resultado, dado que el "hecho" que es objeto de una norma se compone necesariamente de una acción, mientras el resultado material es meramente contingente y, en consecuencia, puede formar parte o no del mismo. Por otra parte, si el criterio del resultado estuviera impuesto por el texto de la ley, se lo tendría que aplicar también en el caso del delito imprudente, pues el art. 68 y ss. del Cód. Penal no distingue entre delitos dolosos e imprudentes.

De acuerdo con todo lo anterior, se debe concluir que la pretensión del Fiscal no puede ser acogida en toda su extensión, dado que, aunque se admite la existencia de dolo respecto de los resultados de muerte, las penas aplicables dependerán del número de acciones realizadas y no de los resultados producidos y, en todo caso, con los límites del art. 79.2° del Código Penal.

1188. — En la *STS* 861/97 el Tribunal Supremo, reiteró el fundamento jurídico 17, *b* de la anterior sentencia, agregando que "la base del concurso ideal la constituye la identidad del hecho y, en definiti-

va la unidad de acción" y que "si la unidad de acción viene determinada, en último término, por el acto de voluntad y no por los resultados, habrá que determinar en cada caso cuál es el contenido del acto de voluntad del sujeto" (fundamento jurídico 3°).

a — Unidad de acción

1 — Unidad de acción en sentido natural

1189. — La cuestión de la unidad de acción no es problemática cuando el autor con una decisión única de acción realiza un único movimiento corporal que resulta típico; por ejemplo: el autor decide matar a otro y lo hace disparando un arma de fuego (unidad de acción en sentido natural, que no debe confundirse con la "unidad natural de acción").

2 — La unidad de acción en la pluralidad de actos

1190. — Por el contrario, resulta problemático establecer cuándo una pluralidad de actos que pueden responder a varias decisiones de acción constituyen una unidad, es decir, un objeto único de valoración jurídico-penal.

Parte de la teoría ha sostenido el concepto de la unidad natural de acción[18]. De acuerdo con éste habrá una única acción cuando el hecho se presenta objetivamente como plural pero, desde un punto de vista valorativo, resulta ser una única acción a los ojos del autor[19]. En un sentido semejante —pero objetivamente orientado— se estima que habrá una unidad natural de acción "cuando se dé una conexión temporal y espacial estrecha de una serie de acciones u omisiones que fundamenten una vinculación de significado de tal naturaleza que también para la valoración jurídica sólo pueda aceptarse un único hecho punible, y esto aunque cada acto individualmente considerado realice por sí solo el tipo de ilicitud y fundamente ya de esta mane-

[18] Otto, *Grundkurs Strafrecht. Allgemeine Strafrechslehere*, t. I, p. 274; Schmidhäuser, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, p. 724.

[19] Cfr. Schmidhäuser, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*.

ra el hecho punible"[20]. La aplicación de este punto de vista permite sostener que el que produce a otro lesiones dándole una paliza comete un hecho de lesiones, lo mismo que el que se apodera de los distintos frutos de un árbol ajeno sólo comete un hurto.

1191. — El criterio de la "unidad natural de acción" es considerado poco preciso por gran parte de la teoría[21] y, por lo tanto, inadecuado para los fines que debe alcanzar. Sus defensores estiman que no es posible lograr un mayor grado de precisión[22]. La jurisprudencia del Tribunal Supremo, sin embargo, aplica este criterio repetidamente (cfr. *STS* del 22/4/92).

1192. — El punto de vista alternativo no ofrece mayores seguridades. Según éste la unidad de acción será producto del tipo penal: "unidad típica de acción" o "unidad jurídica de acción". Una unidad de esta clase se da cuando varios actos son unificados como objeto único de valoración jurídica por el tipo penal[23]. La unidad típica de acción se percibe en diversos supuestos:

a) En los delitos compuestos de varios actos o en delitos que reúnen más de un delito autónomo; por ejemplo, la violación y las coacciones (arts. 179 y 172, Cód. Penal).

b) También se aprecia unidad típica de acción en los supuestos en los que el sentido del tipo penal alcanza en forma global una pluralidad de actos (por ejemplo, art. 493, Cód. Penal). Esta unidad típica de acción puede surgir directamente del texto legal o de la interpretación del mismo[24].

[20] Cfr. Schmidhäuser, *Strafrecht, Allgemeiner Teil.*

[21] Jescheck, *Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil*, p. 579; Samson, en *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, previo al § 52, 18 y ss.; Stratenwerth, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, nº 1217; Stree, en Schönke - Schröder, *Strafgesetzbuch, Kommentar*, previo al § 52 y ss., 22.

[22] Schmidhäuser, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, p. 725.

[23] Stratenwerth, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, nº 1210; Samson, en *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, § 52, 22 y ss.; Stree, en Schönke - Schröder, *Strafgesetzbuch, Kommentar*, § 52, 12 y ss.; Jescheck, *Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil*, p. 580.

[24] Stree, en Schönke - Schröder, *Strafgesetzbuch, Kommentar*, § 52, 16 y siguientes.

En todo caso se requiere "una cierta continuidad y una vinculación interna de los distintos actos entre sí; si los actos responden a una nueva decisión y carecen de vinculación interna respecto de las acciones típicas anteriores, no habrá unidad de acción"[25]. Sin embargo, esta cierta vinculación interna no debe entenderse como la exigencia de un "dolo general", mediante el cual el autor deba haber querido ya inicialmente la pluralidad de actos[26].

c) La unidad típica de acción resulta clara en los delitos permanentes (por ejemplo: privación ilegal de libertad), en los que se mantienen los efectos de la acción ejecutada.

3 — La unidad de acción en el "delito continuado"

1193. — Fundamentalmente razones prácticas han dado lugar a la construcción del delito continuado, que el Código regula en el art. 74.1. Con él se quiere evitar la investigación del momento y la extensión de los hechos individuales.

La conexión de continuidad determina la existencia de una única acción, aunque no exista entre las acciones individuales una unidad en sentido natural o jurídico[27].

1194. — El delito continuado opera impidiendo la aplicación de las consecuencias previstas para el concurso real reguladas en el art. 73 del Código Penal.

1195. — La admisibilidad político-criminal de esta figura ha sido puesta seriamente en duda[28]. El problema fundamental, desde este

[25] Stree, en Schönke - Schröder, *Strafgesetzbuch, Kommentar*, § 52, 19.

[26] Samson, en *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, previo al § 52, 30, quien considera suficiente la "unidad de la situación de motivación".

[27] Samson, en *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, § 52, 33; Otto, *Grundkurs Strafrecht. Allgemeine Strafrechslehere*, t. I; Stree, en Schönke - Schröder, *Strafgesetzbuch, Kommentar*, § 52, 31, estima que es un caso de unidad jurídica. En el mismo sentido, Choclán Montalvo, *El delito continuado*, p. 131 y siguientes.

[28] Córdoba Roda, en Córdoba Roda - Rodríguez Mourullo, *Comentarios al Código Penal*, t. II, p. 325; Samson, en *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, § 52, 33; Schmidhäuser, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, p. 728 y ss.; Stratenwerth, *Strafrecht,*

punto de vista, consiste en que dogmáticamente se "unifican" una serie de hechos que cumplen con todos los presupuestos de hechos punibles individuales que se deberían sancionar según las reglas del concurso real.

I — Requisitos objetivos de la unidad de acción por continuación

1196. — Los requisitos objetivos y los subjetivos del delito continuado son producto de una elaboración dogmática que carece de todo apoyo en la ley. Ello determina una gran inseguridad en la determinación de los mismos. Parte de la teoría se limita a establecer requisitos subjetivos[29]; sin embargo, predominan los criterios objetivo-subjetivos.

1197. — Los hechos individuales deben haber realizado el mismo tipo básico o tipos semejantes y haber lesionado el mismo bien jurídico. Al requerirse identidad de tipo básico se permite que las reglas del delito continuado sean aplicables aunque los hechos individuales puedan diferenciarse entre sí por la concurrencia de alguna circunstancia agravante o atenuante (en lo que no tiene importancia alguna que se trate de agravantes o atenuantes genéricas o no, es decir, legisladas en la Parte General de la ley penal o en los tipos concretos). Este punto de vista encuentra, sin embargo, un límite: la realización del tipo debe atentar en todos los casos contra el mismo bien jurídico. Por lo tanto, queda excluida la continuación entre hurto y robo con violencia o con intimidación en las personas (arts. 234 y 237, Cód. Penal), ya que, a pesar de tratarse del mismo tipo básico, en el robo no se atenta sólo contra la propiedad. Por el contrario, no afecta a la continuación el que alguno o algunos de los delitos individualmente considerados no hayan superado el estadio de la tentativa.

1198. — La cuestión de la unidad o semejanza del tipo básico no dejará de ofrecer problemas en algunos casos, como cuando se trata del

---

Allgemeiner Teil, nº 1236. Recientemente: Choclán Montalvo, *El delito continuado*, p. 423 y siguientes.

[29] Por ejemplo, Rodríguez Devesa, *Derecho penal español. Parte general*, p. 809.

hurto (art. 234, Cód. Penal) y la apropiación indebida (art. 252, Cód. Penal). Aquí es precisa una definición de los tipos en cuestión y la determinación de su igualdad o no. Se admite en teoría que es posible la continuación entre delitos de lesiones de diferente gravedad[30].

1199. — En lo que toca a la igualdad del bien jurídico se distingue entre bienes jurídicos altamente personales y aquellos que no lo son. Si se trata de los primeros sólo podrá admitirse continuación cuando se lesione al mismo titular, es decir, si se da igualdad de sujeto pasivo. El Tribunal Supremo antes de la reforma introducida por la *LO* 8/83 había exigido, en ocasiones, la igualdad de sujeto pasivo con carácter general[31]. Sin embargo, también en forma general, se ha aceptado que la teoría del delito continuado puede aplicarse, aunque falte algún requisito, por fines de justicia o defensa social[32]. De esta manera debería excluirse la continuidad de los casos de lesiones a varias personas, de robo con violencia a distintas personas, etcétera. Este criterio no ha dejado de suscitar opiniones contrarias[33], que no encuentran fundamento alguno en la exclusión de la continuidad en razón de la calidad especial del bien jurídico. Sin embargo, es preferible la posición restrictiva porque limita los efectos de institución que, como hemos visto, resulta difícilmente legitimable.

1200. — Además, es preciso que los diversos hechos tengan una cierta similitud exterior. Es posible, por lo tanto, que entre ellos haya diferentes modalidades, mientras por lo menos haya una cierta cercanía temporal y espacial[34]. Mucho más estrecho es el criterio del

[30] Stree, en Schönke - Schröder, *Strafgesetzbuch, Kommentar*, § 52, 38; Samson, en *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, § 52, 36.

[31] Cfr. *SSTS* 19/1/40; 10/2/60; 15/2/61; 22/5/62; 24/4/63; 24/11/69; 14/12/72; 18/10/74; 12/11/75; 3/12/75.

[32] Cfr. *SSTS* 22/3/66; 5/4/67; 16/4/70; 11/11/71; 17/3/72; 1/2/73.

[33] Samson, *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, § 52, 36; Stratenwerth, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, nº 1223; Stree, en Schönke - Schröder, *Strafgesetzbuch, Kommentar*, § 44. En el mismo sentido, Choclán Montalvo, *El delito continuado*, p. 266 y ss., para quien no hay justificación material para someter a distinto tratamiento la unidad natural de acción y la unidad de acción por continuación.

[34] Cfr. Stree, en Schönke - Schröder, *Strafgesetzbuch, Kommentar*, § 41; Samson, en *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, § 52, 39.

Tribunal Supremo, que ha requerido "identidad de objeto material y de medios delictivos"[35], aunque luego admita la continuidad a pesar de que no se dé en el caso unidad de lugar y tiempo[36] o que pueda faltar la unidad de sujeto pasivo[37]. La relativización de las exigencias objetivas que con frecuencia se percibe en la jurisprudencia del Tribunal Supremo tiene su origen en la acentuación que dispensa al elemento subjetivo, con lo que, en la práctica, el delito continuado dependerá esencialmente de lo que haya pensado el autor.

1201. — A pesar de la importancia que el Tribunal Supremo acuerda al dolo del delito continuado, en reiteradas oportunidades ha exigido un elemento objetivo de dudosa fundamentación: la circunstancia de que las acciones cometidas no estén perfectamente individualizadas[38]. Si las acciones no están perfectamente individualizadas es porque no se las habrá probado y, por lo tanto, no pueden ser objeto de subsunción[39].

II — Requisitos subjetivos de la unidad de acción por continuación

1202. — Se discute qué grado de representación debe haber tenido el autor respecto de la continuación, es decir, qué intensidad adicional debe haber tenido el dolo de cada hecho particular.

Por un lado se exige un dolo total o general que abarque todos los hechos, es decir "el resultado total del hecho en sus rasgos esenciales, en lo referente al lugar, el tiempo, persona lesionada y forma de comisión, de tal manera que los actos individuales se expliquen sólo como una realización sucesiva del todo querido unitariamente"[40].

35 *STS* 19/1/40.

36 *STS* 20/2/73.

37 *SSTS* 12/2/69; 5/4/74; 10/6/75.

38 *SSTS* 23/2/46; 23/5/55; 15/11/61; 15/1/62; 9/10/63; 16/11/68; 29/5/71. Incluso recientemente: 24/2/84; 28/1/93; 28/10/93; contrariamente, 28/10/88, 20/9/93.

39 Cfr. críticamente Rodríguez Devesa, *Derecho penal español. Parte general*, t. I, p. 813 y ss.; Córdoba Roda, en Córdoba Roda - Rodríguez Mourullo, *Comentarios al Código Penal*, t. II, p. 325.

40 Jescheck, *Lehrbuch des Strafrecht, Allgemeiner Teil*, p. 583 y siguientes.

1203. — Por otra parte sólo se requiere un dolo de continuación, según el cual cada acto parcial sea una continuación de la "misma línea psíquica" del dolo anterior[41]. La opinión dominante se inclina por este último criterio.

1204. — En general se rechaza la posibilidad de un delito culposo continuado, ya que un "dolo de continuación" no se podría fundamentar en un hecho de esta naturaleza[42]. También se rechaza la continuación entre hechos dolosos y culposos.

III — Las consecuencias jurídicas del delito continuado

1205. — La teoría y la práctica distinguen entre las consecuencias jurídicas de carácter material y las de carácter procesal.

Con respecto a las primeras el delito continuado se sanciona con una pena como un solo hecho. La cuestión será problemática cuando algunos hechos sean agravados, otros atenuados, algunos hayan quedado en tentativa y otros realicen lisa y llanamente el tipo básico. En supuestos similares a éste se discutirá qué marco penal es el aplicable: ¿el del delito tentado?, ¿el del delito consumado?, ¿debe considerarse la agravante de alguno de los hechos o no?, ¿debe considerarse la atenuante o no? La opinión dominante reconoce aquí una de las más dificultosas cuestiones que plantea el delito continuado[43]. La solución más adecuada es la que toma como marco penal para la determinación de la pena aquel que corresponda al hecho individual más grave.

[41] Cfr. Samson, en *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, § 52, 43; Stree, en Schönke - Schröder, *Strafgesetzbuch, Kommentar*, § 52; Otto, *Grundkurs Strafrecht. Allgemeine Strafrechslehere*, t. I, p. 275; Stratenwerth, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, nº 1231.

[42] Contrariamente, Stratenwerth, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, nº 1230; Choclán Montalvo, *El delito continuado*, p. 259.

[43] Samson, en *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, § 52, 43; Stree, en Schönke - Schröder, *Strafgesetzbuch, Kommentar*, § 52; Stratenwerth, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, nº 1234. Un análisis de los supuestos problemáticos de la acción continuada, puede verse en Choclán Montalvo, *El delito continuado*, p. 385 y ss., en particular, sobre los problemas de derecho procesal, p. 411 y siguientes.

4 — La unidad de acción en el llamado "delito masa"

1206. — El Tribunal Supremo ha considerado que existe una única acción de estafa o de defraudación cuando la acción del autor se dirige a sujetos indeterminados[44]. De esta manera, renunciando a la unidad de sujeto pasivo que en ocasiones requirió para el concurso ideal, evitaba aplicar la regla segunda del art. 70 del Cód. Penal, que limita la suma aritmética de las penas correspondientes a cada delito (en el concurso real) al triplo del tiempo correspondiente a la más grave. Esta construcción se denominó "delito masa".

1207. — La cuestión tenía especial interés práctico en los delitos en los que el Código Penal determinaba penas dependientes de la cuantía (sustancialmente la estafa y la apropiación indebida hasta la reforma de la *LO* 8/83, de 25/6/83). Considerando que la identidad del sujeto pasivo era una condición esencial del delito continuado, el Tribunal Supremo se hubiera visto obligado a aplicar aquí las reglas del concurso real y estaría limitado, por lo tanto, por la regla segunda del art. 70. De esta forma, la comisión de múltiples estafas dirigidas a sujetos indeterminados sólo sería sancionable con la pena correspondiente al triplo y no con la pena correspondiente al daño total, es decir, la suma de los daños causados a todos los damnificados.

1208. — La *LO* 8/83 del 25/6/83, resolvió la cuestión de la falta de base legal, de la que adolecía la construcción del Tribunal Supremo, con la incorporación del art. 69 *bis*, que el Código vigente reitera casi literalmente en el art. 74.2, que dice: "...Si se tratare de infracciones contra el patrimonio se impondrá la pena teniendo en cuenta el perjuicio total causado. En estas infracciones el Juez o Tribunal impondrá, motivadamente, la pena superior en uno o dos grados, en la extensión que estime conveniente, si el hecho revistiere notoria gravedad y hubiere perjudicado a una generalidad de personas".

1209. — El Código Penal vigente en su art. 74 ha reiterado, como se dijo, la regulación del antiguo art. 69 *bis* del Cód. Penal. Según es-

44 *SSTS* 2/10/54; 17/12/56; 3/2/58; 21/6/65; 22/3/66; 12/2/69; 6/2/70; 31/5/74, entre otras.

ta disposición la unidad por continuación depende de que se trate de la "ejecución de un plan preconcebido" o del aprovechamiento de "idéntica ocasión", de la realización de "varias acciones y omisiones" que ofendan a uno o varios sujetos e infrinjan "el mismo o semejantes preceptos penales".

El tercer párrafo del art. 74 del Cód. Penal excluye lo dispuesto en su primera parte a los hechos que ofenden bienes jurídicos eminentemente personales, salvo que se trate de delitos contra el honor y la libertad sexual.

1210. — La regulación no se puede considerar afortunada. Ante todo porque el legislador no ha reparado en que la ejecución de un plan preconcebido, sin más, no tiene por qué eliminar la pluralidad de acciones. Piénsese, por ejemplo, en el que planea dos distintos robos a distintos bancos. Por otra parte, es dudoso saber qué ha querido expresar el legislador cuando dispone que, si se trata de hechos que constituyen infracciones contra el honor y la libertad sexual, habrá que atender a "la naturaleza del hecho y del precepto (?) infringido para aplicar o no la continuidad delictiva". Con esta regla lo único que se consigue es rebajar la importancia de bienes jurídicos como el honor y la libertad sexual, abriendo la posibilidad de que se los trate como si no fueran eminentemente personales. Cuándo el honor y la libertad sexual merecerán esta degradación es una cuestión no aclarada por el legislador y, por lo tanto, la única consecuencia previsible de este precepto es una considerable inseguridad jurídica[45].

b — El concurso ideal

1 — Unidad de acción y pluralidad en encuadramientos típicos

1211. — El concurso ideal requiere dos elementos: unidad de acción y lesión de varias leyes penales (realización simultánea de va-

[45] Cfr. sobre esta crítica Choclán Montalvo, *El delito continuado*, p. 270 y ss., para quien la fórmula empleada por el legislador es una fórmula vacía de contenido, proponiendo estar al sentido del tipo penal.

rios tipos penales). La unidad de acción es un presupuesto del concurso ideal, pero no es suficiente; la acción única debe haber realizado dos o más tipos penales. Es decir que queda excluido el concurso ideal cuando se ha realizado un tipo que excluye a otros por especialidad, consunción, etcétera (casos de concurso aparente de leyes). La realización de dos o más tipos penales presupone que éstos no se excluyen entre sí. Puede darse concurso ideal en el caso de varios delitos de omisión. Por el contrario, la opinión dominante excluye un concurso ideal entre delitos de comisión y de omisión.

2 — La consecuencia jurídica del concurso ideal

1212. — La comprobación de un concurso ideal determina que sólo deba aplicarse una pena, que debe extraerse de la amenaza penal más grave. El Código Penal (art. 77) sigue este criterio; sin embargo, deja sin respuesta el problema que se da cuando el delito tiene la pena máxima más grave y tiene, a la vez, la pena mínima menos grave que el otro delito. En este supuesto debe tenerse en cuenta que la pluralidad de lesiones no puede tener un efecto beneficiante del autor y, por lo tanto, debe asignarse al mínimo más alto una función de clausura, según la cual el autor no puede ser sancionado a una pena menos grave que la que le hubiera correspondido si hubiera violado sólo una ley (la del mínimo más alto).

1213. — Desde el punto de vista procesal la sentencia que aplica las reglas del concurso ideal tiene efectos de cosa juzgada para todas las violaciones de la ley penal que concurran idealmente.

La unidad de acción no se satisface con la identidad del tipo subjetivo; se requiere coincidencia del tipo objetivo[46].

c — El concurso real

1214. — La existencia de un concurso real presupone, en primer término, la existencia de una pluralidad de acciones. La comproba-

[46] Samson, en *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, § 52,7; Stree, en Schönke - Schröder, *Strafgesetzbuch, Kommentar*, § 52,6.

ción de esta pluralidad tiene lugar en forma negativa: habrá pluralidad de acciones si se descarta la unidad de acción[47].

En segundo lugar, se requiere una pluralidad de lesiones de la ley penal, lo que (como en el concurso ideal) presupone que los delitos realizados son también independientes.

1215. —El problema principal que ofrece el concurso real es la determinación de la pena aplicable.

El Código Penal establece en el art. 73 el principio de la acumulación y el art. 76 regula el límite que la acumulación de las diversas penas puede alcanzar. El límite será el triplo más grave de las penas en que se haya incurrido[48].

[47] Stratenwerth, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, nº 1257.

[48] En detalle sobre la acumulación en el Código Penal español, cfr. Córdoba Roda, en Córdoba Roda - Rodríguez Mourullo, *Comentarios al Código Penal*, t. II, p. 336 y siguientes.

PARTE TERCERA
LA CUANTIFICACION DEL DELITO

Capítulo XIV

Teoría de las agravantes y atenuantes

— § 94 —

Circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal

Consideraciones generales

1216. — El delito es una *entidad jurídica cuantificable*: no todos los delitos de homicidio tienen la misma gravedad, dado que ella depende de las circunstancias de cada hecho y de cada autor. El Código Penal ha tomado en cuenta esta comprobación y ha establecido, continuando una tradición que viene del Código de 1848, un sistema de reglas que regulan la graduación de la gravedad relativa de los delitos. Se trata de normas que:

1. Recogen los *factores accidentales* del delito determinantes de la mayor o menor gravedad (arts. 21, 22 y 23, Cód. Penal).
2. Establecen la manera en que inciden en la determinación del marco penal (art. 66, Cód. Penal).
3. Especifican su repercusión en la responsabilidad de los partícipes (art. 65).

1217. — El catálogo de agravantes y atenuantes, por lo tanto, pertenece sistemáticamente más al ámbito de *individualización de la pena* que al de la teoría del delito, como ya lo han hecho notar Cobo del Rosal y Vives Antón. Pero, de todos modos, se trata de circunstancias que requieren, por regla, la concurrencia de *elementos objetivos*

y subjetivos que, en la medida en la que están especificados en la ley, *completan, cuando es el caso, la descripción típica del hecho*, sea incorporándose al tipo objetivo (por ejemplo, la situación de inferioridad de la víctima en el abuso de superioridad, art. 22.2ª, Cód. Penal), sea describiendo una particularidad subjetiva (cometer el delito por motivos racistas, etcétera). De esta manera es posible decir que las circunstancias agravantes y atenuantes completan *accidentalmente* la descripción típica y, consecuentemente, se rigen por las reglas de la tipicidad en lo referente a la subsunción y a la conexión que debe existir entre el tipo objetivo y el subjetivo. Dicho con un *ejemplo*: en el caso de la agravante de disfraz, el tipo *objetivo* del robo (art. 247, Cód. Penal), se debe completar la acción de apoderamiento violento de la cosa mueble con el uso de máscara por parte del autor. Así también, el tipo *subjetivo* del mismo delito se debe incrementar con el conocimiento del autor del uso de dicha máscara. De ello se deduce que un *error* sobre elementos objetivos de una circunstancia agravante debe ser considerado un *error de tipo*, tal como lo establece el art. 14.2 del Cód. Penal cuando dice que "el error sobre un hecho que cualifique la infracción o sobre una circunstancia agravante impedirá su apreciación".

1218. — En el caso de las circunstancias atenuantes, la cuestión del error no ha sido regulada expresamente, pues prácticamente el problema del error no existe en estas circunstancias, dado que las que contiene el art. 21 del Cód. Penal son puramente subjetivas. El error sería imaginable, por ejemplo, en el caso del art. 21.3ª del Cód. Penal, si el autor ha supuesto que existen causas o estímulos poderosos que, en realidad, no existen, y como consecuencia de esta suposición, sufre un arrebato u obcecación. Pero, lo cierto es que el efecto atenuante resulta ser consecuencia del arrebato, obcecación o estado pasional, y éste se da tanto cuando las causas o estímulos externos son reales, como cuando éstos son meramente supuestos. Algunos autores sostienen respecto del error sobre elementos objetivos de una circunstancia atenuante que, si bien se debe aplicar la pena del delito cometido en estado pasional, hay que considerar también el delito imprudente en concurso ideal. Así, por ejemplo, según esta opinión, en el caso de la mujer que supone *erróneamente* que su marido tiene una amante y lo agrede impulsada por un ataque de celos,

es aplicable la pena atenuada por la concurrencia de la circunstancia del art. 21.3ª del Cód. Penal, de las lesiones dolosas, en concurso ideal con lesiones imprudentes.

1219. — De todos modos, la problemática del error en las circunstancias atenuantes requiere ciertas distinciones, toda vez que, como lo hemos dicho, un error presupone que el conocimiento de elementos objetivos sea relevante: si carece de importancia que la situación exterior haya existido, no se genera problema alguno de error.

En efecto: se deben distinguir tres supuestos diversos. En primer lugar, el caso de las eximentes incompletas (art. 21.1ª). En segundo lugar, el de circunstancias preexistentes o concomitantes con la realización del delito (art. 21.2ª y 3ª). En tercer lugar, el supuesto de atenuantes posteriores a la realización del delito (art. 21.4ª y 5ª).

a) Las *eximentes incompletas* son en realidad casos especiales de error sobre circunstancias objetivas de una causa de justificación o de exclusión de la culpabilidad, dado que sólo se pueden aplicar si el autor ha *supuesto erróneamente* la concurrencia de un requisito necesario de la eximente. Por ejemplo: el autor cree que obra dentro de los límites de la necesidad racional; como es claro si el autor *sabe* que excede tales límites, la atenuación carece de toda justificación. En este sentido, la aplicación del art. 21.1ª del Cód. Penal a estos casos es desplazada por la del art. 14.3 del Cód. Penal., que tiene carácter especial. Consecuencia de ello es que el art. 21.1ª del Cód. Penal —como lo sostiene un sector de la doctrina— sólo es aplicable a los casos de *imputabilidad disminuida*, que, como es obvio, no pueden generar ningún problema de error, pues la atenuación, en estos casos, depende de causas o estados puramente subjetivos del autor.

b) Las *circunstancias atenuantes preexistentes o concomitantes* de las reglas 2ª y 3ª del art. 21 del Cód. Penal, también son puramente subjetivas y no generan problemas de error.

c) Las *circunstancias atenuantes posteriores* (art. 21, reglas 4ª y 5ª) podrían dar lugar a problemas de error, pero ello depende de cómo se las interprete: si se las considera dependientes de los elementos objetivos (por ejemplo que el daño haya sido *real-*

mente reparado) el error sobre ellos se debería considerar *irrelevante*; si por el contrario, lo decisivo fuera el propósito de reparar, no se plantearía problema alguno de error, bastaría con que éste se diera y, si el autor repara realmente o no el daño, sería una cuestión prácticamente irrelevante.

— § 95 —

Circunstancias atenuantes

a — Fundamento

1220. — El *fundamento común* de las circunstancias atenuantes contempladas en el derecho vigente (art. 21, Cód. Penal) es la *menor culpabilidad del autor*. Cuando concurre una de estas circunstancias el autor del delito merece un menor reproche por su culpabilidad y, como consecuencia de ello también una menor pena. Las atenuantes operan, por lo tanto, como una consecuencia del principio de culpabilidad.

1221. — En el pensamiento penal moderno, la concepción de la culpabilidad como una entidad cuantificable reconoce un punto de partida básico en Kant, que definió la culpabilidad como *demeritum* y señaló que éste podía tener diversos grados: "subjetivamente el grado de la capacidad de imputación *(imputabilitas)* de las acciones es de apreciar según la magnitud de los obstáculos, que hubieron de ser superados en su realización" (...) "cuanto menor es el obstáculo natural, cuanto mayor es el obstáculo fundado en el deber, mayor será la imputación de la infracción (como culpabilidad)".

1222. — La doctrina posterior llegó a considerar que la *cancelación* de la culpabilidad merecía un capítulo especial dentro de la teoría del delito. En la doctrina moderna de la individualización de la pena, la posible compensación de la culpabilidad (al menos en parte) es el fundamento de la relevancia de ciertos aspectos de la conducta del autor *posterior* al hecho, sobre todo de la reparación, en la determinación de la pena.

En particular, afirma Jescheck en este sentido, que "también la conducta posterior del autor puede permitir sacar consecuencias respecto de su culpabilidad (...)" y que "la reparación del daño y los esfuerzos de un acuerdo con el lesionado pueden operar como atenuante". El Código Penal ha recogido esta idea en las atenuantes del art. 21.4ª y 5ª.

Desde este punto de vista, las circunstancias atenuantes que contiene el Código vigente se pueden clasificar en dos categorías:

1. Circunstancias que *reducen* la reprochabilidad por el hecho (imputabilidad disminuida, art. 21.1ª, como eximente incompleta de inimputabilidad; la grave adicción al alcohol, drogas tóxicas, etcétera, art. 21.2ª; el arrebato y los estados pasionales, art. 21.3ª).
2. Circunstancias que *compensan* la culpabilidad por el hecho (confesión, art. 21.4ª; reparación total o parcial del daño, art. 21.5ª).

1223. — El catálogo del art. 21 del Cód. Penal se completa con las atenuantes analógicas (art. 21.6ª, Cód. Penal) y con las eximentes incompletas (art. 21.1ª, Cód. Penal) que requieren un tratamiento particularizado.

b — Circunstancias que reducen la reprochabilidad por el hecho

1 — La imputabilidad disminuida

1224. — El art. 21.1ª (eximentes incompletas) puede ser aplicado en primer lugar respecto del art. 20.1º del Cód. Penal, es decir, respecto de las causas de imputabilidad. Esta posibilidad —como se verá— se debe considerar independientemente de la posible referencia a la legítima defensa, el estado de necesidad y el ejercicio de un derecho o cumplimiento de un deber. En tales casos se trata de los supuestos conocidos como de *imputabilidad o capacidad de culpabilidad disminuida* y tiene una notable importancia numérica en la práctica. La doctrina ha señalado que no se trata de una categoría intermedia entre la imputabilidad y la inimputabilidad, sino de una *causa de*

atenuación de la culpabilidad. Por lo tanto, el que obra con una disminución de su imputabilidad, *es imputable*. Sin embargo, dado que las anomalías y alteraciones psíquicas pueden aparecer en una forma más debil, su culpabilidad es menor, dado que no se habrá podido motivar por la norma en forma plena.

Las anomalías y alteraciones psíquicas no deben alcanzar la gravedad requerida para la exclusión de la imputabilidad. Por su parte, la capacidad de comprender la ilicitud y de conducirse de acuerdo con esta comprensión no debe haber desaparecido completamente, sino sólo estar *seriamente disminuida*.

1225. — La imputabilidad disminuida ha sido considerada en la jurisprudencia en los casos de *oligofrenia* cuando el coeficiente de inteligencia va del 51 al 70% y se corresponde con una edad de ocho a once años. También en casos de *drogadependencia* expresamente previstos en el nuevo Código en el art. 20.2°, la jurispreudencia ha venido aplicando esta atenuante cuando se trata de una adicción de cierto tiempo a drogas "duras", y no se haya excluido completamente la capacidad de culpabilidad.

En todo caso, repetidamente, el Tribunal Supremo ha dicho que la drogadependencia no es por sí misma un factor de atenuación, ni determinante de la imputabilidad disminuida. En ciertos supuestos de *neurosis* y *psicopatías* también se ha aplicado la imputabilidad disminuida por la jurisprudencia, cuando la alteración no excluye la imputabilidad, pero la reduce seriamente.

1226. — El art. 104 del Cód. Penal prevé que en los casos de eximente incompleta en relación con los nros. 1°, 2° y 3° del art. 20 (= imputabilidad disminuida) el juez o tribunal podrá imponer, además de la pena correspondiente, las medidas de internamiento previstas en los arts. 101, 102 y 103. Esta medida "sólo será aplicable cuando la pena impuesta sea privativa de la libertad y su duración no podrá exceder de la de la pena prevista por el Código para el delito". De acuerdo con el art. 99, para estos casos rige el llamado *principio vicarial*, de acuerdo con el cual las medidas: 1°) se deben cumplir antes de la pena, 2°) el tiempo de cumplimiento se abonará para el de la pena y 3°) se puede suspender la ejecución del resto de la pena, si de lo contrario se pusieran en peligro los efectos conseguidos a través de la medida.

2 — El arrebato, obcecación u otro estado pasional

1227. — Son casos de reacciones emocionales violentas en las que por regla no se debe excluir la imputabilidad. Algunos autores, como Mir Puig, consideran que su fundamento es "una disminución de la imputabilidad" y admiten que, en su caso, pueden dar lugar a una eximente incompleta en relación con el art. 20.1° del Cód. Penal. Se trata de casos en los que el autor ha obrado como reacción por "*justo dolor*" y en los que la jurisprudencia repetidamente ha exigido una cierta proporcionalidad entre la causa del estado pasional y la reacción emocional del autor, así como que ésta proceda de un comportamiento precedente de la víctima. Alguna *STS* (n° 554/94) exige que los estímulos y las causas a las que obedece el estado pasional sean *socialmente aprobados*. No obstante la *STS* de 27/3/90 apreció esta atenuante en el caso de un testigo de Jehová que produjo la muerte de otro desconectando el aparato de transfusión.

3 — La minoría de edad

1228. — La disposición derogatoria de la *LO* 10/95 (del nuevo Código Penal) ha mantenido en vigor la atenuante prevista en el antiguo art. 9°.3 del Cód. Penal de 1973, para los menores de dieciséis años o que no hayan alcanzado los dieciocho. Se trata de una atenuación basada en una disminución de la culpabilidad por la *inmadurez* del autor. Los efectos son similares a los de las eximentes incompletas, con las que guarda cierta analogía, dado que el autor tiene una edad que permite responsabilizarlo, pero reconociendo que todavía su madurez no es total y que, consecuentemente, se debe considerar como un factor de atenuación del reproche en el que se basa la culpabilidad.

c — Circunstancias que compensan la reprochabilidad por el hecho

1229. — Las reglas 4ª y 5ª del art. 21 prevén circunstancias atenuantes que dan relevancia a la *conducta del autor posterior al he-*

cho. Se trata de actos que demuestran *ex-post* un reconocimiento del autor de la vigencia de la norma infringida por el delito y que, como tales, constituyen un *actus contrarius*, es decir, de *negación* del delito. Este reconocimiento tiene un signo positivo, que, frente al negativo del delito, genera un efecto compensador de la culpabilidad por el hecho. Esta compensación se manifiesta en la individualización de la pena, dado que la compensación de la culpabilidad se debe traducir en una reducción de la pena. Todo ello es consecuencia del principio de culpabilidad, en tanto éste requiere que la pena sea proporcionada a la gravedad de la culpabilidad.

1230. — La fundamentación de estas circunstancias atenuantes en la compensación de la culpabilidad ha sido postulada ya por Antón Oneca. De cualquier manera, también hay otros autores que sostienen que el fundamento de la atenuación por una conducta posterior al hecho sólo tendría un fundamento político-criminal. Pero, lo cierto es que, en un derecho penal de culpabilidad, la compensación de la culpabilidad por el hecho es también una cuestión de política criminal. Precisamente, el Tribunal Constitucional ha sostenido en la *STC* 150/91, que el principio de culpabilidad tiene jerarquía constitucional y opera, por lo tanto, como un límite y un imperativo frente a los fines de política criminal.

1231. — En la moderna doctrina penal la compensación de la culpabilidad puede tener lugar en dos sentidos diversos: cabe hablar ante todo de una *compensación socialmente constructiva de la culpabilidad*, que tiene lugar cuando el autor del delito, mediante un *actus contrarius*, reconoce la vigencia de la norma vulnerada, como en el caso del art. 21.4ª y 5ª del Cód. Penal, ya citados. Pero también cabe hablar de una *compensación destructiva*, que tiene lugar cuando el autor recibe, como consecuencia del delito, un mal que compensa total o parcialmente su culpabilidad: *el prototipo* de la compensación destructiva de la culpabilidad *es la pena*, cuyo cumplimiento *extingue* la culpabilidad por compensación total. La idea de compensación de la culpabilidad en un sentido destructivo ha sido tenida en cuenta por el legislador al ordenar, en los arts. 58 y 59, el abono para el cumplimiento de la pena de todas las privaciones de derechos que haya sufrido el acusado durante el proceso (privación de la libertad, art.

58.1; privación de derechos, art. 58.2). *Expresamente* el legislador se ha referido a la *compensación* (en sentido parcial) en el art. 59 del Cód. Penal, en los casos de distinta naturaleza de las medidas cautelares sufridas y la pena impuesta.

1232. —La compensación socialmente constructiva, por su parte, de la culpabilidad, se manifiesta especialmente en los casos de la conducta posterior del autor prevista en las reglas 4ª y 5ª del art. 21 del Cód. Penal. La *STS* del 23/3/93 ha establecido en este sentido que dichas atenuantes tienen su fundamento en el arrepentimiento y la reparación. La jurisprudencia había eliminado las exigencias relativas a la contricción del autor (cfr. *SSTS* del 22/4/94 y 8/11/95, entre otras), pero mantuvo el punto de vista de la compensación de la culpabilidad (*STS* del 3/11/88). En estos casos el autor reconoce la vigencia de la norma vulnerada reparando el daño causado o favoreciendo su propia persecución y ello determina ya una ratificación de la misma que permite compensar una parte de su culpabilidad. Dicho en terminología kantiana: el autor ha hecho más de lo que el derecho le exige, pues la reparación espontánea del mal no constituye un deber antes de la condena, y, por lo tanto, su acción constituye un *meritum*, que reduce, por compensación, el *demeritum* de la culpabilidad.

1233. —La compensación destructiva de la culpabilidad tiene lugar cuando el autor recibe como consecuencia de la comisión del delito un mal grave que se debe abonar en el cumplimiento de la pena. *Estos males pueden ser jurídicos o naturales*. Los últimos dan lugar a la figura de la *poena naturalis* (el ladrón que al huir cae del tejado y queda tetrapléjico o el conductor ebrio que produce un accidente en el que muere su hijo). "En estos casos, dicen Jescheck-Waigend, se prescinde de la pena, por un lado, porque la culpabilidad del autor ha sido compensada por las graves consecuencias del hecho, que para él tienen efectos similares a una pena *(poena naturalis)* y porque, por otro lado, por dicha razón no se reconoce ninguna necesidad preventiva". En tales supuestos, la sanción sería una "tortura sin sentido que inclusive vulneraría el art. 2.I de la Ley Fundamental".

1234. —La idea de una distinción entre *poena forensis* y *poena naturalis* proviene de Kant, aunque ya aparecía en Hobbes, quien la de-

nominaba *"pena divina"*: "Dado que ciertas acciones, decía Hobbes, están conectadas por su naturaleza con diversas consecuencias perjudiciales, como cuando, por ejemplo, una persona al atacar a otra se golpea o lesiona a sí mismo, o cuando alguien contrae una enfermedad al ejecutar una acción contraria a la ley, tales perjuicios en relación a la persona no integran el concepto de 'pena', ya que no es infligida por una autoridad humana, aunque, en relación a DIOS, el SEÑOR de la naturaleza, es posible hablar de aplicación y por lo tanto de una pena divina". Kant, por su parte, aclaraba que ni la *poena forensis* ni la *poena naturalis* "pueden ser impuestas como mero medio para favorecer otros bienes, en favor del propio delincuente o en favor de la sociedad civil, sino que se infligen porque se ha delinquido; pues la persona no puede nunca ser manipulada como mero medio para los propósitos de otro y mezclada con los objetos de los derechos reales".

1 — La confesión

1235. — El art. 21.4ª establece como atenuante "haber procedido el culpable, antes de conocer que el procedimiento judicial se dirige contra él, a confesar la infracción a las autoridades". Desde el punto de vista del reconocimiento de la norma, es indudable que la confesión representa un acatamiento de las consecuencias jurídico-penales del hecho que contribuye a la reparación de la lesión jurídica.

1236. — La confesión debe prestarse antes del conocimiento de que el procedimiento se dirige contra el autor. Sin embargo, en los casos en los que la confesión tiene lugar después de haber tenido este conocimiento, no carece completamente de significación. En efecto, siempre cabe la posibilidad de una atenuación fundada en el art. 21.1ª del Cód. Penal, cuando las circunstancias del caso demuestran una actitud del autor tendente a colaborar en la reparación de la lesión producida por su comportamiento anterior.

2 — Reparación del daño ocasionado a la víctima o disminución de sus efectos

1237. — El art. 21.5ª considera también atenuante que el culpable haya procedido a "reparar el daño ocasionado a la víctima o (a) dismi-

nuir sus efectos, en cualquier momento del procedimiento y con anterioridad a la celebración del acto del juicio oral". De esta forma se ha dado cabida a una circunstancia atenuante en la que se toma especialmente en consideración la situación de la *víctima.* Precisamente para favorecer el interés de la víctima en la reparación del daño o en la reducción de los efectos negativos para ella del delito, el legislador ha querido estimular al autor del delito a reparar el daño, considerando la acción de reparación como un *actus contrarius* que demuestra el reconocimiento de la vigencia de la norma y, consecuentemente, reduce el reproche de culpabilidad, por la compensación que es consecuencia de esta acción posterior al delito.

1238. — El límite temporal fijado por el texto del art. 21.5° del Cód. Penal (con "anterioridad a la celebración del juicio oral") no impide que por la vía del art. 21.1ª del Cód. Penal, se dé relevancia a la reparación posterior, pero anterior a la sentencia. En efecto, la razón político-criminal de esta disposición sigue teniendo validez inclusive después de la apertura del juicio oral, pues el interés de la víctima en la reparación continúa existiendo. De todos modos es indudable que cuanto más tiempo demore el acusado la reparación, menor será su efecto atenuante y, en este sentido, una reparación posterior al comienzo del juicio oral debe disminuir el efecto atenuante.

1239. — Una cuestión importante es la concerniente a cómo debe ser la reparación. El reciente Proyecto Alternativo sobre Reparación para la República Federal Alemana de 1992, propone que no sólo se dé valor a la reparación material real, sino que también se debe permitir una *reparación simbólica* en aquellos casos en los que la reparación material no es posible y el delito no es grave. Por ejemplo: en el caso en el que el acusado ha quemado un recuerdo de familia de un amigo, que sólo tiene valor afectivo para éste, es evidente que no existe una reparación posible desde el punto de vista material. En tales casos, cabe preguntarse, si nuestro derecho vigente admitiría una reparación simbólica: la donación de una importante cantidad de dinero a una institución de caridad, el ofrecimiento de trabajos sociales no remunerados, etcétera. La jurisprudencia todavía no ha tenido ocasión de pronunciarse sobre la posibilidad de una reparación simbólica que, al menos, pueda ser considerada como una disminu-

ción de los efectos. Pero la exigencia moderna de dar cabida a los intereses de la víctima en el conflicto penal debe ser tenida en cuenta para pensar en una respuesta positiva. En todo caso, la *reparación simbólica* puede ser considerada por la vía del art. 21.6ª como *atenuante de análoga significación*.

1240. — En la doctrina se sostiene, además, que en los delitos de poca gravedad (que la pena privativa de la libertad no supere el año de duración) y, sobre todo en las faltas, una reparación total pueda compensar totalmente la culpabilidad y determinar no ya la atenuación de la pena, sino la *no punibilidad*. La cuestión no ha sido aún motivo de discusión en la jurisprudencia, pero en breve podrá serlo si continúa el desarrollo del derecho penal de culpabilidad, toda vez que una culpabilidad enteramente compensada por la reparación no necesita ser compensada adicionalmente por el sufrimiento de una pena.

d — Las atenuantes de análoga significación

1241. — El art. 21.6ª, al que hemos hecho diversas referencias en lo anteriormente dicho, concede el carácter de atenuante a *"cualquier otra de análoga significación que las anteriores"*. Como lo destaca Cerezo Mir "la apreciación de atenuantes por analogía no plantea problemas desde el punto de vista del principio de legalidad de los delitos y de las penas, pues se trata de una analogía favorable para el reo (analogía *in bonam partem*), que no supone un menoscabo de la seguridad jurídica".

1242. — La analogía se debe referir a la razón de ser de las atenuantes contenidas en los números anteriores del art. 21. Consecuentemente, en la doctrina, ya Antón Oneca sostuvo que era posible admitir como atenuante cualquier circunstancia que disminuya la gravedad de la culpabilidad o de la ilicitud. En este sentido se afirma que la analogía no se debe referir al sustrato fáctico de la circunstancia, sino a la idea que ellas expresan, dado que la ley misma señala que se trata de una *analogía de la significación*. No obstante, no es posible negar que en la jurisprudencia existen también, junto a las

que sostienen este punto de vista, sentencias del Tribunal Supremo que tienden a acentuar como decisivo el parecido con el sustrato fáctico (por ejemplo, *SSTS* del 9/2/93 y 21/7/93) de las enumeradas en el art. 21 del Código Penal.

De cualquier manera es posible sostener, como lo hacen las *SSTS* del 22/2/88 y 15/9/93, que el art. 21.6ª del Cód. Penal es una cláusula general que permite adecuar la gravedad de la pena a la mayor o menor gravedad de la culpabilidad.

Si se admite este punto de vista, las circunstancias atenuantes de análoga significación serán todas las que determinen una reducción de la gravedad de la culpabilidad o una compensación de la culpabilidad por un *actus contrarius*, o porque el autor ya ha sufrido, como consecuencia del delito, un mal que se debe descontar de la pena aplicable por imperio del principio de culpabilidad.

1243. — La jurisprudencia no ha hecho un uso extensivo de las atenuantes analógicas. Sin embargo, hay dos cuestiones que han dado lugar a su aplicación en la jurisprudencia, que a su vez han generado una cierta polémica doctrinal.

— *a* —

1244. — En primer lugar, en los casos de *disminución de la imputabilidad por adicción a drogas tóxicas*, la jurisprudencia suele aplicar la atenuación por analogía cuando el autor no estuvo en el momento del hecho afectado, hasta tal punto que sea aplicable la atenuante de la eximente incompleta en relación al art. 20.1° del Cód. Penal. De esta manera es posible una atenuación de la pena como la prevista en el art. 66.2ª del Cód. Penal, excluyendo la atenuación extraordinaria que prevé el art. 68 del mismo Código para las eximentes incompletas. La jurisprudencia ha admitido en las *SSTS* de 8/2/90; 5/12/91; 15/9/93 y 25/10/94 que en tales casos, cuando se aplique una atenuante de análoga significación, cabe, sin embargo, aplicar, junto a la pena, las medidas de seguridad previstas en el art. 104 del Código Penal. Este punto de vista ha sido objetado desde distintos ángulos. Ante todo se ha señalado que si existe analogía en el presupuesto, por su significación análoga, no se entiende por qué no debería existir analogía respecto de la consecuencia jurídica.

1245. — A ello se agrega que no es convincente que se excluya la atenuación de la pena en uno o dos grados prevista por el art. 68 del Cód. Penal, pero no la posibilidad de aplicar las medidas de seguridad previstas en el art. 104 del mismo Código. En realidad, se afirma, que si cabe la aplicación de medidas de internamiento, se debería poder reducir la pena, porque, de todos modos, se podrían cumplir los fines preventivos. En efecto, la medida de internamiento puede durar, según lo establece el art. 104 *in fine* del Cód. Penal, el tiempo de la pena prevista en el Código para el delito.

1246. — Por esta razón es posible que en lo sucesivo la nueva redacción del Código, que amplía considerablemente la duración de la medida de internamiento en los casos de eximentes incompletas relativas a los nros. 1°, 2° y 3° del art. 20 del Cód. Penal, haga innecesaria la interpretación restrictiva de los efectos de su art. 68 en el caso de las eximentes de análoga significación en los supuestos de drogadicción. En la actualidad el legislador ha eliminado las razones pragmáticas que son el único fundamento por el que en la jurisprudencia se excluía la atenuación extraordinaria del citado art. 68, dado que la duración de la medida ya no está limitada, como en el art. 9°.1 del Cód. Penal de 1973, a la duración de la pena privativa de la libertad *impuesta*. El nuevo texto del art. 104 del Cód. Penal permite que la medida de seguridad dure más tiempo que la pena privativa de la libertad impuesta, dado que puede extenderse a toda la duración de la pena *abstractamente* prevista, sin sujeción a la pena concretamente impuesta. Dicho con otras palabras: ya no existe el peligro de que la atenuación de la pena impida una medida de seguridad de duración suficiente para cubrir las necesidades preventivo-especiales.

— *b* —

1247. — La posibilidad de aplicar la atenuante analógica en los casos de *infracción del derecho fundamental a ser juzgado sin dilaciones indebidas* (art. 24.2, *CE*) ha sido objeto de amplia discusión en la doctrina y en la jurisprudencia. La tesis fue desarrollada en la doctrina especialmente por Jescheck, que recientemente ha dedicado un capítulo especial a las vulneraciones de derechos fundamentales en el proceso, que tienen un efecto compensador de la culpabilidad.

El Tribunal Supremo Federal alemán *(BGH)* mantiene este punto de vista y atenúa la pena aplicable en los casos en los que la duración del proceso ha superado el tiempo razonable para su desarrollo.

1248. — Nuestro Tribunal Supremo admitió la tesis en las *SSTS* del 14/12/91 y de 2/4/93, pero en general la jurisprudencia se ha inclinado por considerar que no es el poder judicial, sino el ejecutivo, mediante el indulto, el que debe reparar la lesión del derecho fundamental. El punto de vista de la mayoría del Tribunal Supremo ha sido en parte receptado por el Tribunal Constitucional, aunque sólo en un *obiter dictum* de la *STC* 35/94 del 31/1/94. Por el contrario, el criterio de la atenuación de la pena como compensación de la culpabilidad por el hecho fue considerado por el *Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH)*, apropiado para la reparación de la infracción del derecho a ser juzgado sin dilaciones indebidas en el caso *Eckle*, del 15 de julio de 1982, que nuestro Tribunal Constitucional no tomó en consideración. La jurisprudencia mayoritaria del Tribunal Supremo considera, de todas maneras, que la solución de la *STS* del 14/2/91 es correcta de *lege ferenda*, pero que no resulta posible de *lege lata* (cfr. *STS* del 1/10/92).

1249. — Algunas audiencias provinciales se inclinan por disponer la *no ejecución* de la sentencia condenatoria cuando el proceso tuvo dilaciones indebidas. Pero esta solución, que se basó en el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1, *CE*), fue expresamente desautorizada por la citada *STC* 35/94, en la que se sostuvo que "la dilación indebida del proceso no puede traducirse en la inejecución de la sentencia" (fundamento jurídico 5°).

1250. — El art. 4°.4 del Cód. Penal parece haberse hecho eco del criterio de la suspensión de la condena que el Tribunal Constitucional ha censurado, pues dice que "si mediara petición del indulto y el juez o tribunal hubiere apreciado en resolución fundada que por el cumplimiento de la pena puede resultar vulnerado el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas, suspenderá la ejecución de la misma hasta tanto no se resuelva sobre la petición formulada". La doctrina ha criticado con razón este artículo porque es evidente que lo que determina la vulneración del derecho a ser juzgado sin dilacio-

nes indebidas tiene lugar por la duración no razonable del proceso, pero no por la ejecución de la pena. Por lo tanto, el art. 4°.4 del Cód. Penal no ha alterado las bases de la discusión sobre si la atenuante analógica puede resultar un camino dogmáticamente adecuado o no para decidir sobre la reparación *judicial* de la vulneración del derecho a ser juzgado sin dilaciones indebidas.

1251. — El fundamento de la aplicación de la atenuante analógica en estos casos consiste en que la vulneración del derecho fundamental del acusado se debe tomar en cuenta como una compensación, al menos parcial, de su culpabilidad, que es consecuencia de un hecho posterior al delito. La lesión del derecho fundamental es una circunstancia posterior análoga a otras circunstancias *posteriores* al hecho, como las de las reglas 4ª y 5ª del art. 21, que tienen un significado similar a éstas, pues implica una compensación parcial de la culpabilidad en tanto la vulneración de derecho fundamental a ser juzgado sin dilaciones indebidas ya es un mal recibido por el autor como consecuencia de la comisión del delito, y se debe descontar de la pena, de la misma manera que se descuenta el tiempo de la posición provisional y otras privaciones de derechos en la forma prevista en los arts. 58 y 59 del Código Penal.

e — Las eximentes incompletas

1252. — El art. 21.1ª del Cód. Penal establece: "Son circunstancias atenuantes las causas expresadas en el capítulo anterior, cuando no concurrieren todos los requisitos necesarios para eximir de responsabilidad en sus respectivos casos".

1253. — La jurisprudencia consideró inicialmente que sólo cabía aplicar esta disposición en los casos de eximentes que contuvieran varios requisitos y alguno de ellos no concurriera (ejemplos: legítima defensa y estado de necesidad). Pero, es evidente, que no cualquier requisito que faltase debía tener el mismo efecto atenuante. Por el contrario, tanto en la legítima defensa como en el estado de necesidad se dan elementos que en todo caso se deben dar y que tienen, por ello, un carácter esencial. En este sentido, por ejemplo, no puede ha-

ber una legítima defensa incompleta sin que se haya comprobado, al menos, una agresión ilegítima, ni un estado de necesidad incompleto si, por lo menos, no concurre una colisión de bienes o de deberes jurídicos. La consecuencia que de esto se deriva es clara: en realidad los casos de legítima defensa y estado de necesidad, ejercicio de un derecho o cumplimiento de un deber incompletos constituyen casos de exceso del autor y, en tal sentido, como se vio, se deben tratar como *supuestos de error*, dado que la atenuación sólo se justifica si el autor ignoraba que obraba sin el amparo objetivo de la eximente. Este punto de vista es consecuencia, en verdad, de la exigencia en las causas de justificación de un *ánimo de defensa* (propia o de terceros en la legítima defensa, y uno de los bienes jurídicos que colisionan en el caso del estado de necesidad). Por ello se explica que en la más antigua concepción, que consideraba las eximentes, y sobre todo las causas de justificación, como puramente objetivas, la cuestión del error ni siquiera se planteara. En la actualidad, en tanto se ha reconocido que la ilicitud se configura no sólo por el disvalor del resultado, sino también por el disvalor de acción, en la justificación se requiere además de la justificación del resultado, también la de la acción, que depende del propósito perseguido por el autor.

1254. — En la doctrina y en la jurisprudencia se discute sobre el alcance del texto cuando dice *"las causas expresadas en el capítulo anterior"*. Por un lado se sostiene que sólo pueden ser aplicadas como incompletas, con la correspondiente atenuación, las causas que expresa el art. 20 del Cód. Penal. Por el contrario, otras, como el consentimiento, al no estar expresamente mencionadas en el art. 20 del Código citado, no serían susceptibles de ser aplicadas como incompletas. Por otro lado, se afirma que las causas que no tienen varias condiciones (minoría de edad) no serían susceptibles de apreciación como incompletas; la jurisprudencia actual, sin embargo, no excluye ninguno de los casos expresamente tipificados en el catálogo del art. 20 del Código Penal.

1255. — Las eximentes incompletas tienen especial relevancia, como hemos visto, en relación a las causas que excluyen la imputabilidad o capacidad de culpabilidad (art. 20.1°, 2° y 3°, Cód. Penal), es decir, en los casos de *"imputabilidad disminuida"*.

1256. — En el caso del *miedo insuperable* (art. 20.6°, Cód. Penal) también cabe la aplicación de la eximente incompleta. Como vimos se trata de casos especiales de estado de necesidad excluyente de la culpabilidad y, por lo tanto, rigen al respecto las mismas consideraciones que para el estado de necesidad.

— § 96 —

CIRCUNSTANCIAS AGRAVANTES

1257. — La variedad de las razones que fundamentan las circunstancias agravantes han dificultado una sistematización que las reconduzca a uno o varios principios aceptados por la doctrina y la jurisprudencia. Así, mientras algunos autores como Cerezo Mir consideran que las circunstancias agravantes no tienen relación con la culpabilidad, sino con lo injusto (el desvalor de la acción y el desvalor del resultado), Mir Puig las clasifica en *objetivas* (que denotan mayor peligrosidad del hecho o un ataque más extenso) y *subjetivas* (referidas al móvil, a los motivos y a la reincidencia).

1258. — La cuestión tiene especial importancia en los casos de participación de varias personas en el delito, pues las circunstancias operarán en unos casos respecto de todos los partícipes y en otros sólo en relación a quienes concurran (art. 65, Cód. Penal). Se impone una clasificación de las circunstancias según que su concurrencia en un partícipe pueda ser extendida a los que la conocieron o que la circunstancia sólo opere sus efectos agravantes en quien concurre sin posibilidad de extensión a otros, aunque éstos la hayan conocido.

a — Circunstancias que se fundamentan en el aprovechamiento o creación de situaciones que facilitan la comisión del delito.

1 — La alevosía (art. 22.1ª, Cód. Penal)

1259. — Fue tradicionalmente definida como el obrar a "*traición y sobre seguro*" (art. 10.2ª, Cód. Penal de 1848). El Código de 1870 en su art. 10.2ª introdujo una definición según la cual "hay alevosía cuan-

do el culpable comete cualquiera de los delitos contra las personas empleando medios, modos o formas en la ejecución que tiendan directa y especialmente a asegurarla, sin riesgo para su persona, que procediera de la defensa que pudiera hacer el ofendido". Esta definición se mantiene en las sucesivas redacciones del Código y ha llegado hasta el vigente art. 22.1ª prácticamente sin modificaciones.

Sobre la base de esta definición la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha entendido que es posible admitir la alevosía en los siguientes casos:

a) Supuestos en los que el autor *obra a traición*, o sea aprovechando la confianza que la víctima le tiene *(proditorio)*.

b) Supuestos en los que el ataque que produce el resultado se realiza en forma *súbita e inopinada*.

c) Supuestos en los que el autor aprovecha una situación de especial *desvalimiento de la víctima* (ancianos débiles, niños, personas impedidas o dormidas, etcétera). Sin embargo, la jurisprudencia ha considerado en ciertos casos (*STS* 756/93, del 2/4/93) que la alevosía no debe ser apreciada en el caso de los recién nacidos que son víctimas de homicidio, por entender que en tales casos la imposibilidad de defensa es inherente al niño y no se da el aprovechamiento propio de la agravante.

d) Supuesto en los que el ataque se produce *"por la espalda"*.

1260. — La jurisprudencia admite también que la alevosía puede ser apreciada cuando sea sobrevenida, es decir, después de haber comenzado la acción en forma no alevosa.

En todo caso, según la doctrina jurisprudencial, se debe excluir la alevosía cuando la víctima es advertida del ataque o tiene suficientes razones para suponerlo (por ejemplo, en los casos de riña).

1261. — En la doctrina, la interpretación literal del art. 22.1ª del Cód. Penal que realiza la jurisprudencia, ha sido considerada inadecuada para justificar el efecto agravante que tiene en el delito de asesinato (art. 139, Cód. Penal). Como se sabe, mientras en los delitos de lesiones (arts. 147 y ss., Cód. Penal) la alevosía opera como una agravante genérica más, con el efecto previsto en el art. 66.3ª del mencionado cuerpo legal, o sea determinando que la pena sea impuesta en

la mitad superior del marco penal; en el caso del asesinato la concurrencia de la alevosía determina un aumento de cinco años tanto del mínimo como del máximo de la pena (art. 140, Cód. Penal).

1262. — Para justificar este efecto de *"superagravante"* de la alevosía en el asesinato es preciso contar con elementos extraordinarios que permitan una clara diferenciación de la alevosía respecto del abuso de superioridad, que la jurisprudencia considera como una "alevosía de segundo grado" (cfr. por todas *STS* 619/94 del 18/3/94). De lo contrario se infringiría el *principio de proporcionalidad*, dado que el abuso de superioridad siempre significa que la víctima tiene seriamente reducida su capacidad de defensa. Por lo tanto, no se justificaría —se sostiene— que una forma del abuso de superioridad tenga la entidad agravante que se constata en el art. 139 del Cód. Penal. Dicho con un ejemplo: no se considera compatible con el principio de proporcionalidad que si se aprecia un abuso de superioridad la pena a imponer no pueda superar los quince años, mientras que si concurre una forma del mismo abuso de superioridad, la alevosía, la pena mínima sea la de quince años.

1263. — Los criterios que se han propuesto para distinguir la alevosía del abuso de superioridad, por otra parte, no resultan satisactorios para quienes critican la interpretación jurisprudencial. Así, por ejemplo, cuando se sostiene que en el empleo de medios que debiliten la defensa se debe apreciar abuso de superioridad porque, aunque ello asegure la ejecución, no importaría el "propósito de evitar riesgos personales" (Rodríguez Devesa). Sin embargo, parece claro que cuando el autor elige conscientemente un medio que le proporcione superioridad ante la víctima, es porque a la vez tiene el propósito de evitar riesgos personales, pues todo medio que proporciona superioridad asegura la ejecución y elimina el riesgo de la defensa.

1264. — No es mejor la diferenciación que se funda en una distinción de los orígenes de la superioridad. En la alevosía ésta provendría de los medios empleados, mientras que en el abuso de superioridad el origen de la ventaja provendría de la inferioridad de la víctima (Antón Oneca). Está claro que esta solución es sólo aparente. La situación de superioridad depende siempre de una relación entre el

agresor y el agredido. Cuando el agresor disponga de medios contundentes y el agredido no, se dará en todo caso, junto a la superioridad del agresor la inferioridad de la víctima. A su vez, toda víctima en estado de inferioridad convertirá a los medios de que dispone el agresor en medios ventajosos.

1265. — Por último, tampoco es convincente el criterio "cuantitativo" propuesto por Quintano Ripollés: "En tanto que la agresión alevosa busca la indefensión total y plena de la víctima, la de abuso de superioridad se conforma con debilitarla, sin anularla". Este punto de vista ha sido adoptado frecuentemente por la jurisprudencia. Es un criterio que resulta en la práctica de dudosa utilidad y por lo tanto su aplicación importará una gran inseguridad. Piénsese que el Tribunal Supremo ha resuelto que un ataque con arma de fuego a una persona desarmada no constituye alevosía sino abuso de superioridad (*SSTS* del 12/2/75 y 17/1/77), cuando es impensable que al desarmado le quede aún alguna posibilidad de defensa.

1266. — Otras decisiones del Tribunal Supremo, al aplicar este criterio, han sido criticadas por el altísimo grado de inseguridad que existe respecto del lugar por donde debe pasar la línea que separa la disminución de la capacidad defensiva de su total anulación. Así, por ejemplo, se apreció abuso de superioridad en un caso en que "el agresor en posición privilegiada al estar en un plano muy superior protegido por la ventana desde donde hizo el disparo" mató a la víctima, *STS* 14/2/60 y en otro caso en el que el autor llevó a la víctima veinte metros sobre el capó de su coche "hasta que cayó luego al camino y le pasó por encima" porque se consideró que tal comportamiento sólo redujo la defensa de la víctima sin excluirla totalmente, *STS* del 4/11/71 (similar la *STS* del 8/7/92). Reiteradamente se ha sostenido, además, que la muerte producida mediante armas de fuego no da lugar a un asesinato cuando la víctima está desarmada, sino a un homicidio con abuso de superioridad (por ejemplo, *SSTS* del 10/3/69; 6/3/85; 21/5/90). Estas soluciones contradicen tanto la definición de la alevosía sobre la exclusiva base de la indefensión, como el criterio de delimitación que se funda en la exclusión o reducción de la capacidad defensiva de la víctima. Pues resulta claro que quien es agredido por otro que dispone de un arma de fuego carece de toda capacidad

de defensa. Por último cabe señalar que una persona está incapacitada para la defensa a partir del momento en que tiene una considerable reducción de su capacidad para rechazar la agresión.

1267. —De todo ello se deduce que la indefensión (art. 20.1ª, Cód. Penal) de la víctima no proporciona un concepto de alevosía con suficiente fuerza explicativa como para dar cuenta de la especial reprochabilidad de la misma frente al abuso de superioridad. El concepto del texto debería completarse, en consecuencia, con otros elementos diferenciales. La cuestión trasciende la pura interpretación del derecho penal y tiene, inclusive, relevancia constitucional.

1268. —En este sentido se sostiene que la gravedad de la alevosía deriva del hecho de que la indefensión de la víctima es producto de la *confianza* que ella depositó en el autor. De esta manera en la alevosía concurrirían el abuso de superioridad junto al abuso de confianza. El que obra con alevosía no solamente aprovecha la indefensión de la víctima sino que quebranta la confianza especial que ésta le proporcionó poniéndose "prácticamente en sus manos". De esta doble concurrencia de las agravantes del art. 20 reglas 2ª y 6ª del Cód. Penal surgirá la especial reprochabilidad que el legislador ha señalado para la alevosía.

Si se admite este punto de vista se producen cambios importantes respecto de la jurisprudencia del Tribunal Supremo. En efecto, la especial relación de confianza requiere que la víctima haya podido tenerla respecto del autor. Tal posibilidad es ajena a un niño pequeño y ello excluye en este caso la alevosía, tanto como en el de las personas desvalidas no vinculadas al autor por una especial relación de confianza. Asimismo un ataque por la espalda o súbito e inopinado no daría lugar necesariamente a la alevosía.

En el caso del niño pequeño algunos autores, como Quintano Ripollés y Muñoz Conde, también excluyen la alevosía, pero basándose en que en tales supuestos la indefensión de la víctima no ha sido "buscada de propósito".

1269. —Además del quebrantamiento de una relación de confianza, la alevosía debería requerir que el autor haya obrado con una *voluntad hostil a la víctima*. El que desesperado ante los sufrimientos

de su amigo por una enfermedad incurable espera que éste se duerma para matarlo y liberarlo definitivamente de sus dolores, cometerá sin duda un homicidio y no un asesinato, porque a pesar de la indefensión de la víctima y del quebrantamiento de la confianza que ella depositó en el autor, éste perseguía con su acción una finalidad que no se puede considerar hostil a la víctima. Este elemento exige una comprobación expresa, en todos los casos, pero especialmente en los casos en que la muerte se produce por sorpresa, ya que el autor no siempre ha obrado de esa manera por hostilidad a la víctima, sino que es posible que también lo haya hecho para ahorrarle parte de sus sufrimientos. En general no deberá apreciarse alevosía cuando la forma de ejecución del hecho haya sido, de alguna manera, expresión de que el autor tomó a la víctima "en consideración". De esta forma no puede alegarse, como lo hace Eser, que "la voluntad hostil" carecería de todo significado en el contexto de la alevosía porque toda muerte dolosa de otro importa siempre la existencia de hostilidad. En efecto, la voluntad hostil será de apreciar si concurre la actitud hostil *especialmente elevada* que requiere el asesinato.

Resumiendo, la comprobación de la alevosía requiere la verificación de tres elementos:

a) Indefensión de la víctima.
b) Abuso de confianza.
c) Expresión de una actitud elevada de hostilidad a la víctima.

Aisladamente ninguno de estos elementos tiene fuerza agravante suficiente como para convertir el homicidio en asesinato. Queda claro, entonces, que, dada la alevosía, no pueden operar como agravantes genéricas no el abuso de superioridad, ni el abuso de confianza.

1270. — Un caso especial de alevosía es el veneno, al que se refería el art. 406 del Cód. Penal de 1973. La jurisprudencia del Tribunal Supremo señalaba con frecuencia las relaciones entre la utilización de veneno y la alevosía. Así se ha dicho, por ejemplo, en la instructiva sentencia del 5/11/77, que el uso del veneno es "la más cobarde de las alevosías" (con palabras de Pacheco) y se rechazó la existencia de asesinato cuando este medio no fue utilizado de manera "insidiosa y cobarde contra el que no cabe normalmente reacción defensiva alguna". Por esta razón se ha sostenido que no opera como agravante "si

su administración es violenta y no subrepticia" (*STS* del 17/6/53). En la teoría este punto de vista es representado con toda claridad por Quintano Ripollés, quien estima que "la tesis de la absorción de la circunstancia de veneno por la alevosía es en sí absolutamente correcta".

La constitución del veneno como un elemento del asesinato no tendría en la actualidad justificación alguna si se lo entendiera fuera del contexto de la alevosía y simplemente como una agravación proveniente del uso de un medio determinado. ¿Qué razón habría para que el arsénico fuera una manera más reprochable de matar que un disparo de arma de fuego que se da en la cabeza o en el corazón?

Sobre todo carecería de fuerza explicativa para otorgar una posición autónoma al veneno el antiguo argumento de la dificultad de descubrimiento del hecho cometido de esta manera. En principio porque ya no es difícil su descubrimiento, pero además porque resulta injustificado atribuir a tales dificultades un efecto agravante de la ilicitud o de la culpabilidad.

— La cuestión de los elementos objetivos de la alevosía

1271. — El problema referente a si la pena por el asesinato requiere que el autor haya tenido conocimiento de circunstancias objetivamente dadas o si es simplemente suficiente con que se las haya representado, aunque éstas no tengan realidad, merece un tratamiento particular. Se trata de casos tales como el de quien supone que la víctima no tenía ninguna confianza o simplemente hizo como que dormía, pero está pronta a defenderse.

1272. — La jurisprudencia se ha orientado en el sentido de requerir la concurrencia de elementos objetivos y subjetivos. En los ejemplos propuestos, ello debería conducir a negar la alevosía, pues la indefensión sólo se daría en la creencia del autor y no objetivamente (cfr. *SSTS* del 15/6/50 y 15/11/56, acentuando el carácter "objetivo"; 30/10/75; 11/7/81; 24/1/83; 10/2/83; 5/5/83).

1273. — En la teoría, Quintano Ripollés piensa que se trata de una agravante que opera objetivamente, lo que significa que "el acto es lo aleve, no la persona". Por el contrario, Cobo del Rosal y Rodríguez

Mourullo sostienen que la alevosía "supone no sólo una específica forma de comisión externa, sino también la consagración de un elemento típico subjetivo".

1274. — En la dogmática moderna se exige, por parte de la teoría, congruencia entre los elementos objetivos y el conocimiento de los mismos: "el aprovechamiento... consiste ya en que el autor conoce la situación y obra dirigiendo su acción en ese sentido. No se requiere una intención reprochable". Desde otro punto de vista se sostiene que "la suposición errónea de las circunstancias objetivas de la alevosía, no excluye la pena por la consumación" porque "los elementos objetivos y subjetivos que componen el concepto de alevosía están entrelazados de tal manera que una separación en un suceso objetivo y un dolo dirigido a él carece de sentido". Para este punto de vista "lo decisivo es la representación del autor correspondientemente orientada; si ella coincide o no con la realidad, no tiene significación alguna".

1275. — El primer punto de vista ha merecido mayores adhesiones. Fundamentalmente se sostiene que la alevosía es un elemento específico del ánimo que da lugar a un "elemento complejo de la culpabilidad con parte en lo ilícito" o que "tiene un ilícito de acción especial que pertenece al tipo de lo ilícito y que sólo describen el ánimo en forma mediata". La teoría mayoritaria es también preferible: la pena agravada del asesinato por alevosía requiere que este elemento tenga una base real y no sólo que el autor se la haya representado. Ello es consecuencia de una concepción que reduce al mínimo los componentes del derecho penal de autor o, dicho de otra manera, una concepción que entiende la posición que se da por satisfecha con la representación del autor de los elementos de la alevosía, como una acentuación no plausible de los componentes del autor.

2 — El uso de disfraz, el abuso de superioridad y el aprovechamiento de las circunstancias y de la participación de otras personas (art. 22.2ª, Cód. Penal)

1276. — En esta agravante, que se puede considerar múltiple, el legislador ha reunido diversas formas de aprovechamiento de una posición frente a la que la víctima se ve considerablemente reducida,

cuando no prácticamente impedida, de defenderse. Como se ha visto al tratar de las diferencias con la alevosía, la jurisprudencia considera que si la superioridad elimina la posibilidad de defensa de la víctima se debería aplicar la alevosía (art. 22.1ª, Cód Penal). Pero lo cierto es que el abuso de la superioridad se ha aplicado en muchos casos en los que las posibilidades de defensa de la víctima son, en verdad, inexistentes, dado que es casi imposible fijar un límite preciso entre la disminución y la anulación de la capacidad de defensa. En las sentencias del Tribunal Supremo se destacan los casos de *pluralidad de atacantes a víctimas de avanzada edad* o de pluralidad de atacantes armados con armas blancas o, como dijimos, de atacante individual con arma de fuego frente a una persona desarmada (cfr. *SSTS* del 18/65/87; 22/11/85; 25/10/88; 21/5/90; 8/7/92 entre muchas otras).

1277. — La agravante descripta en el art. 22.2ª del Cód. Penal es en realidad repetitiva, dado que la situación de superioridad, el aprovechamiento de circunstancias que debiliten la defensa del ofendido y el auxilio de otras personas que tengan idéntica consecuencia, no son otra cosa que formas de abuso de superioridad que la jurisprudencia había establecido al interpretar el antiguo art. 10.8ª del Cód. Penal de 1973.

En todo caso el Tribunal Supremo consideró que eran necesarias dos condiciones:

1. En el *plano objetivo*, que exista un desequilibrio de poder físico o anímico del agresor respecto de la víctima.
2. En el *plano subjetivo*, se requiere pues, que exista un aprovechamiento abusivo de dicho desequilibrio, de tal manera que si la superioridad no ha sido buscada de propósito o "intencionalmente" (*SSTS* del 23/11/91 y 26/2/94) no debe ser apreciada (*STS* del 4/2/91).

Por regla la jurisprudencia ha rechazado la aplicación de esta agravante en delitos para los que la violencia es inherente, en especial en la violación o en el robo con violencia o intimidación.

1278. — En el contexto del abuso de superioridad es difícil explicar la presencia del *disfraz* que el legislador ha incluido en el art. 22.2ª del Cód. Penal. El Código anterior preveía el disfraz en el art.

10.7ª con carácter autónomo. El enmascaramiento, por lo general en casos de robo, más que facilitar la ejecución del delito, dificulta la identificación del autor y, por tanto, su persecución y punibilidad. Aunque Cerezo Mir considera que el disfraz determina una "mayor gravedad de lo injusto" no cabe duda de que es difícil saber por qué debería aumentar la ilicitud, toda vez que el enmascaramiento no incide para nada en el aumento de la lesión del bien jurídico. Por su parte Mir Puig estima que es una circunstancia que "eleva la intensidad de la prohibición (del injusto penal) por cuanto facilita la impunidad". Sin embargo, por regla, en el derecho penal los actos de autoencubrimiento suelen ser considerados no punibles. Las razones que mantiene esta circunstancia como agravante, son por lo tanto, oscuras, aunque en forma provisional se puede considerar que se trata de una circunstancia que agrava el delito porque favorece su comisión.

1279. — La distinción entre violencia o intimidación y abuso de superioridad será particularmente difícil en el caso de los delitos de agresiones y abusos sexuales de los arts. 179 y 182 del Código Penal.

3 — Obrar con abuso de confianza
(art. 22.6ª, Cód. Penal)

1280. — El autor aprovecha el acceso a los bienes jurídicos que le proporciona la confianza que le dispensa la víctima; también aprovecha una situación que facilita la comisión del delito (cfr. *STS* del 20/10/88). Se trata de una agravante que tiene especial campo de aplicación en los delitos contra la propiedad o que pueden ser cometidos en el marco de relaciones laborales, profesionales, de comunidad, etcétera.

4 — Prevalerse el culpable de su carácter público
(art. 22.7ª, Cód. Penal)

1281. — Cuando el cargo público ocupado por el agente facilita la comisión del delito, se debe apreciar esta circunstancia agravante. En general la jurisprudencia entiende la misma con una cierta tendencia subjetiva, es decir, basándose en la mayor reprochabilidad que entraña el abusar del ejercicio de un cargo para cometer un deli-

to. Por tal motivo se considera que esta circunstancia es *inaplicable* en los delitos especiales propios de funcionarios (por ejemplo: prevaricación del art. 404 del Cód. Penal).

b — Circunstancias que se fundamentan en la especial reprochabilidad de los motivos

— *a* —

1282. — Los casos de las reglas 3ª y 4ª del art. 22 del Cód. Penal son casos particulares de motivaciones especialmente reprobables del autor. En este sentido hubiera sido preferible que el legislador hubiera seguido el ejemplo del § 211 del Cód. Penal alemán y hubiera hecho referencia en un solo supuesto a los *motivos abyectos*. El Tribunal Supremo ha considerado en sus *SSTS* del 24/6/91 y 28/10/91 que el disvalor de la motivación del autor es una circunstancia que agrava su culpabilidad por el hecho, y consiguientemente la pena que se debe aplicar, y el legislador se ha hecho cargo de este punto de vista.

— *b* —

1283. — En el caso del que se motiva por el *precio*, *recompensa* o *promesa* (art. 22.3ª, Cód. Penal) la motivación es indudablemente abyecta en la medida en que revela un especial desprecio por los bienes jurídicos afectados. La jurisprudencia había rechazado la aplicación de esta agravante en casos de aborto en los que se había apreciado el abuso profesional del médico. Sin embargo, hay quienes sostienen que, al haber desaparecido del Código vigente una disposición similar a la que sirvió de apoyo esta decisión, en el supuesto del art. 145 del Cód. Penal, no se debería aplicar esta agravante. Pero, de todos modos, en la doctrina se piensa que no existen razones para que la agravante no sea aplicada al médico que practica un aborto movido por la recepción de un precio, recompensa o promesa, dado que su carácter profesional no excluye la especial reprochabilidad de su motivación.

1284. — El texto legal permite plantear la cuestión de si la "recompensa" y la "promesa", que, literalmente consideradas, no tienen por

qué tener exclusivamente un contenido económico, deben entenderse de esta manera. La respuesta de la teoría es mayoritaria en favor de considerar esta circunstancia como referida a una motivación análoga a la del precio, por lo que la recompensa o la promesa deben ser apreciables en dinero. Por lo tanto, en el caso del que comete un delito de lesiones inducido por la promesa de una recompensa meramente honorífica no será de apreciar la agravante del art. 22.3ª del Cód. Penal.

— *c* —

1285. — El art. 22.4ª se considera agravantes los *"motivos racistas, antisemitas u otra clase de discriminación referente a la ideología, la religión o creencias de la víctima, la etnia, raza o nación a la que pertenezca, su sexo u orientación sexual o minusvalía que padezca"*. La ley penal ha querido responder de esta manera a un fenómeno criminológico que ha conmovido durante este siglo y no sólo en Europa. El holocausto antisemita ocurrido en la Segunda Guerra Mundial (1939/1945) ha tenido una fuerte influencia en el desarrollo del derecho penal de post-guerra y esta agravante es una de sus consecuencias.

— *d* —

1286. — El *ensañamiento* está previsto en el art. 22.5ª del Cód. Penal, que dice: "aumentar deliberada o inhumanamente el sufrimiento de la víctima causando a ésta padecimientos innecesarios para la ejecución del delito". En realidad se trata de un supuesto en el que el autor ha provocado a la víctima daños *inmotivados*. La circunstancia pone de manifiesto que los motivos especialmente reprochables tienen un valor agravante semejante a la *carencia de motivos* para producir un padecimiento injustificado a la víctima. Como es claro, se trata de un supuesto especialmente relevante en el delito de asesinato, donde se lo designa como ensañamiento, y en el de lesiones, pero también en otros en los que la acción del autor pueda producir a la víctima un sufrimiento personal (por ejemplo, la violación).

1287. — En la problemática jurisprudencial este elemento ha sido estudiado principalmente respecto de sus límites: "no puede con-

currir post-mortem". De esta manera queda claro que no debe aplicarse esta agravante en los casos en que, una vez lograda la muerte, el autor, por ejemplo, descuartiza el cadáver para facilitar su ocultamiento.

1288. —La agravante se debe apreciar tanto cuando el dolor es físico, como cuando se trata de un dolor psicológico. Pero no debe apreciarse cuando la víctima, por su estado de inconsciencia, por ejemplo, no puede sufrir el dolor. El asesinato por ensañamiento es comisible también por omisión, ya que el dejar morir a otro de hambre o de sed importa un aumento deliberado e inhumano del dolor.

Qué debe entenderse por "inhumano", depende de las representaciones culturales del término medio que el tribunal debe interpretar en cada caso. En general puede decirse que, toda vez que el autor haya querido producir a la víctima un dolor que no es necesario para lograr su muerte, se dará por lo menos, un indicio de ensañamiento.

c — Circunstancias basadas en las necesidades de prevención especial (la reincidencia)

1289. —El principio de culpabilidad requiere que la pena sea proporcionada a la culpabilidad del autor en el hecho concretamente cometido. Con la culpabilidad por el hecho no es compatible la llamada *"culpabilidad de carácter"* o la *"culpabilidad por la conducta de la vida"*, que tratan de responsabilizar al autor de un delito, no sólo por la culpabilidad del hecho cometido, sino también por su conducta anterior, es decir, por su *forma de ser peligrosa para la sociedad.*

1290. —Como es claro, el derecho penal moderno a la vez que afirma el principio de culpabilidad por el hecho, no quiere desentenderse del problema de la *peligrosidad del autor por su tendencia a la vulneración delictiva de bienes jurídicos*. Precisamente para ello se ha edificado el llamado *sistema de doble vía*, que procura responder con la pena a los hechos culpables y cubrir con las medidas de seguridad, de fuerte acento pedagógico y resocializador, las necesidades de prevención especial que la pena, proporcionada a la culpabilidad, no pueda cumplir por sus limitaciones frente al reincidente.

1291. — El Código vigente, continuando con el criterio del Código de 1848 y los que le siguieron, ha mantenido entre las agravantes de la pena, la reincidencia, en el art. 22.8ª, que dice: "Hay reincidencia cuando, al delinquir, el culpable haya sido condenado ejecutoriamente por un delito comprendido en el mismo título de este Código, siempre que sea de la misma naturaleza. A los efectos de este número no se computarán los antecedentes penales cancelados o que debieran serlo". La nueva redacción dada a la disposición que regula esta agravante reduce el ámbito de aplicación de la misma respecto de los códigos anteriores, dado que en la actualidad sólo operará como agravante de la pena cuando se dé una *reincidencia específica*, es decir cuando el autor ya condenado ejecutoriamente:

1. Cometa un nuevo delito.
2. Que el nuevo delito esté previsto en el mismo título del Código.
3. Que el nuevo delito sea *"de la misma naturaleza"* que el anterior.
4. Que el antecedente no deba ser cancelado según lo establecido en el art. 136 y siguientes del Código Penal.

De los cuatro requisitos sólo uno es de carácter material: *"la misma naturaleza"* del nuevo delito. Al respecto se debe entender que un delito es de la misma naturaleza que otro cuando:

1. Vulnera bienes jurídicos similares.
2. Cuando el autor lo hace con medios que expresan una misma tendencia criminológica.

1292. — Es conveniente no confundir este elemento de la reincidencia con la cuestión de la homogeneidad de los delitos tal como se la concibe en contexto del principio acusatorio, dado que ambos conceptos tienen un sentido teleológico diverso. Por ejemplo: el hurto (art. 234, Cód. Penal) y el robo (art. 237, Cód. Penal) no son de la misma naturaleza, dado que el robo expresa una tendencia criminológica violenta que es ajena al hurto; por el contrario la estafa (art. 248, Cód. Penal) y la apropiación indebida (art. 25, Cód. Penal), que no son delitos homogéneos a los efectos del principio acusatorio, resultan ser de la misma naturaleza porque vulneran bienes jurídicos similares (patrimonio y propiedad respectivamente) y revelan una misma tendencia criminológica del autor: su actitud defraudadora.

1293. —La agravante de reincidencia ha dado lugar recientemente a un debate jurisprudencial sobre su constitucionalidad. Básicamente quienes objetaron la compatibilidad de la agravante de reincidencia con el principio de culpabilidad sostuvieron que, en la medida en la que dicho principio tenía jerarquía constitucional, la agravante, cuyo fundamento sintomático-caracterológico era ajeno a la *culpabilidad por el hecho*, debía ser eliminada del ordenamiento jurídico-penal.

En este sentido se partía de que el Tribunal Constitucional en su *STC* 65/86 había afirmado que: "las cuestiones relacionadas con la medida de la pena y la culpabilidad sólo se podrían plantear cuando la gravedad de la pena atribuida al condenado fuese superior a la legalmente imponible en relación con la gravedad de la culpabilidad".

Por lo tanto, se sostenía, cuando la pena por el hecho anterior ya ha sido cumplida, la culpabilidad ha quedado cancelada y al ser tomado en cuenta nuevamente ese hecho para incrementar la pena por el nuevo delito, es evidente que tal aumento punitivo vulnera el principio *"ne bis in idem"*. Sobre éstos y otros argumentos de menor importancia, algunos jueces plantearon al Tribunal Constitucional la cuestión de inconstitucionalidad (art. 35, *LOTC*) de la agravante de reincidencia.

1294. — Paralelamente, la cuestión fue abordada por el Tribunal Supremo en diversas sentencias (cfr. *SSTS* del 6/4/90; 5/10/90; 26/12/90; 22/4/91; 6/5/91). El Tribunal Supremo no mantuvo una argumentación unitaria. En algunas sentencias tuvo directamente por compatible con el principio de culpabilidad por el hecho, la agravación fundada en la peligrosidad del autor, lo que más tarde no aceptó el Tribunal Constitucional. En otras estableció que la agravante de reincidencia era compatible con el principio de culpabilidad, pero sólo si *no* se la entendía como de aplicación automática. En este sentido se sostuvo que el efecto agravante previsto en la regla 3ª del art. 66 del Cód. Penal sólo debía operar en el caso en el que la pena resultante no excediera la correspondiente a la gravedad de la culpabilidad por el hecho. De acuerdo con esto cabría aplicar la pena en su mitad inferior, no obstante la concurrencia de la reincidencia, si la gravedad de la culpabilidad era reducida en el caso concreto. Así, por ejemplo, si el autor anteriormente condenado por un delito de

aporpiación indebida (art. 252, Cód. Penal) cometía nuevamente otro delito de apropiación indebida, pero en una situación en la que le resultaba extremadamente difícil, pero no imposible, obtener el dinero necesario para pagar los honorarios médicos requeridos para una intervención quirúrgica grave y urgente de un hijo. En un caso como éste la reprochabilidad es considerablemente reducida y, por lo tanto, la pena también debe serlo.

1295. — En la *STC* 150/91 el Tribunal Constitucional estableció como premisa que "no es constitucionalmente legítimo un derecho penal de autor que determinara las penas en atención a la personalidad del reo y no según la culpabilidad de éste en la comisión de los hechos". No obstante concluyó que no se vulnera el principio *"ne bis in idem"*, pues "con la apreciación de la agravante de reincidencia (...) no se vuelve a castigar el hecho anterior, o los hechos anteriores (...), sino única y exclusivamente el hecho posterior".

1296. — La *STC* 150/91 ha sido aplaudida en la doctrina por su premisa básica, que excluye la determinación de la pena en atención a la personalidad, pues se piensa que nadie puede ser culpable jurídicamente por su forma de ser. Sin embargo ha merecido críticas por su conclusión referente al *"ne bis in idem"*, dado que al incrementar la pena del nuevo hecho por los anteriormente castigados lo que se hace es, en realidad, "castigar nuevamente una culpabilidad ya extinguida por la pena sufrida".

La cuestión de si el efecto agravante debe operarse automáticamente o no, en el sentido de la jurisprudencia del Tribunal Supremo antes citada, ha quedado abierta, toda vez que no ha sido *ratio decisionis* de la *STC* 150/91, ni tampoco objeto de ningún *obiter dictum* de la misma.

1297. — La afirmación tan rotunda del Tribunal Constitucional en el sentido de excluir la legitimidad constitucional de la pena fijada en atención a la personalidad (peligrosa) del autor, se piensa en la doctrina, quita, por el contrario, todo apoyo a las sentencias del Tribunal Supremo que hablan de la "personalidad del delincuente" (*SSTS* del 5/11/90 y 5/12/90) o de una "mayor peligrosidad social" (*STS* del 13/11/90) como fundamento de la agravante de reincidencia.

— § 97 —

Circunstancia mixta de parentesco

1298. — El art. 23 del Cód. Penal establece que: "Es circunstancia que puede atenuar o agravar la responsabilidad según la naturaleza, los motivos y los efectos del delito, ser el agraviado cónyuge o persona a quien se halle ligado de forma estable por análoga relación de afectividad, ascendiente, descendiente o hermano por naturaleza, por adopción o afinidad en los mismos grados del ofensor".

1299. — El parentesco es un factor ambiguo de la gravedad del delito. Tanto puede ser considerado agravante como atenuante. En el caso de lesiones provocadas a una persona con la que se convive, el parentesco puede ser agravante si ellas han sido producidas en una disputa normal, pues la cercanía afectiva determina que el hecho sea más reprochable que si no existiera con la víctima la especial relación personal que es propia de la relación afectiva de la convivencia. Por el contrario, si se trata de unas lesiones que son producto de una reacción de dolor provocada por la conducta del cónyuge, la misma relación personal será el fundamento de la atenuación.

1300. — Algunos autores, como Cerezo Mir o Mir Puig piensan que al haber sido ampliado el texto legal del art. 11 del Cód. Penal de 1973 por la *LO* 8/33, incluyendo las relaciones afectivas análogas al matrimonio, se infringe el principio de legalidad si se aplica este artículo como agravante, pues se trataría de una analogía *in malam partem*. Sin embargo, este punto de vista es erróneo, dado que cuando el caso está contemplado expresamente en el texto no cabe hablar de analogía. El principio de legalidad lo que excluye es la extensión de la ley penal a casos no contemplados expresamente en el texto legal (!).

1301. — La jurisprudencia ha exigido, por regla, para la aplicación de esta circunstancia, no sólo "el vínculo parental, sino también de la afectividad" (*STS* 1433/94 del 12/7/94).

En los delitos de tráfico de drogas la jurisprudencia ha negado la aplicación de la atenuante de parentesco sosteniendo en la *STS* del 6/7/92 que no concurre en el caso de una mujer que entregó a su hijo

preso una cantidad de hachís, dado que el hijo no podía ser considerado como agraviado por el delito del art. 368 del Cód. Penal. En la *STS* 887/93 del 20/4/93, sin embargo, se aplicó la atenuante al que había entregado una dosis de heroína a su compañera, encerrada en casa de sus padres, sin tener en cuenta que la relación no se daba con el agraviado por el delito.

En todo caso, en la jurisprudencia se sostiene que la circunstancia mixta de parentesco "se funda en el incremento o disminución del desvalor de la conducta del acusado".

— § 98 —

El problema de la comunicabilidad de las circunstancias. Estudio especial del art. 65 del Codigo Penal

1302. — Cuando en un hecho concurren varias personas (como autores, cooperadores, cómplices o inductores) y se dan circunstancias modificativas de la responsabilidad, sólo en alguna de ellas se presenta el problema de si las circunstancias de uno se pueden extender a los otros, en quienes no concurren. Esta cuestión la resuelve el art. 65 del Cód. Penal, que establece: "*1.* Las circunstancias agravantes o atenuantes que consistan en la disposición moral del delincuente, en sus relaciones particulares con el ofendido o en otra causa personal, servirán para agravar o atenuar la responsabilidad sólo de aquellos en quienes concurran. *2.* Las que consistan en la ejecución material del hecho o en los medios empleados para realizarla, servirán únicamente para agravar o atenuar la responsabilidad de los que hayan tenido conocimiento de ellas en el momento de la acción o de su cooperación para el delito".

1303. — La jurisprudencia ha operado, en este sentido, con la distinción entre *circunstancias objetivas y subjetivas*, que en los resultados vienen a significar lo mismo que la distinción entre circunstancias vinculadas al autor y vinculadas al hecho. En efecto, las circunstancias objetivas se deben regir por el art. 65.2 del Cód. Penal, y por lo tanto, comunican sus efectos al partícipe que las conoce, mientras las subjetivas sólo son de apreciar en aquel en el que concurren (no se

comunican al partícipe, *aunque la haya conocido*). Sin embargo, lo cierto es que la distinción de las circunstancias en objetivas y subjetivas es conceptualmente confusa, dado que la mayoría de las circunstancias tienen, en principio, elementos objetivos y subjetivos. La decisión, por ejemplo, sobre si la circunstancia agravante del art. 22.3ª ("ejecutar el hecho mediante precio, recompensa o promesa") es objetiva o subjetiva (apoyada en la motivación que dichos elementos revelan) es prácticamente irrealizable. Ejemplo acabado de estas dificultades se percibe también en el caso de la *alevosía* (art. 22.1ª, Cód. Penal) en el que la jurisprudencia ha terminado (luego de inclinarse alternativamente por el carácter objetivo y subjetivo) por afirmar su "naturaleza mixta", pero destacando un predominio del aspecto objetivo.

1304. —En lo que se refiere a las relaciones personales con el ofendido, que agravan o atenúan la penalidad, su aplicación ofrece menos dificultades; en realidad *"el ofendido"* es siempre el titular del bien jurídico y ello determina que, en los delitos especiales impropios en los que el fundamento de la agravación es la relación personal con aquél, la consecuencia práctica sea que el partícipe no cualificado deba ser punible por el delito común (por ejemplo: el autor de lesiones del art. 153 será punible con la pena prevista por este artículo, mientras que el que no es cónyuge o padre —en su caso madre— que haya intervenido en el hecho será sancionado por el delito o la falta común), lo que es una solución correcta.

1305. — Poco claro, por el contrario, es el significado de la expresión *"otra causa personal"*, que en realidad no quiere decir sino que toda agravación o atenuación con fundamento personal (como los dos supuestos anteriores) debe considerarse de efecto exclusivamente personal.

1306. — Las opiniones se dividen respecto de lo que debe entenderse por *"culpables en quienes concurran"*. La cuestión tiene importancia sobre todo en los delitos especiales impropios en los que el cualificado (*intraneus*) se vale de un no cualificado (*extraneus*) que realiza el hecho de propia mano. El Tribunal Supremo considera que "culpable" no se debe entender como autor en sentido estricto sino como

partícipe en general. Probablemente llegaría al mismo punto de vista Córdoba Roda. Por el contrario hay quienes sostienen que esta solución no es correcta y se pronuncian por un punto de vista opuesto.

1307. — Ambos criterios disputan en torno al alcance del art. 65 y en verdad todo depende de lo que debe entenderse por la expresión *"culpables"*. Quienes rechazan el punto de vista del Tribunal Supremo presuponen que "culpables" debe significar *autores en sentido estricto*. El criterio del Tribunal Supremo es preferible, pues permite una aplicación sin fricciones del art. 65 del Cód. Penal, en la medida en que deja abierta la cuestión de si la circunstancia concurrente en el partícipe es personal o no; esto sólo puede ser decidido a la luz del caso concreto.

APENDICE I. *Tabla comparativa de las disposiciones —de las partes generales de los códigos penales argentino y español y leyes españolas que regulan la materia— citadas en esta obra*

Código Penal español	Código Penal argentino
Art. 14. *—[Título I: De la infracción penal. Capítulo I: De los delitos y faltas].*	***Arts. 34/35.*** *[Título V: Imputabilidad].*
Art. 16. *—[Título I: De la infracción penal. Capítulo I: De los delitos y faltas].*	***Arts. 42 a 44.*** *[Título VI: Tentativa].*
Arts. 19/20. *—[Título I: De la infracción penal. Capítulo II: De las causas que eximen de la responsabilidad criminal].*	***Arts. 34/35.*** *[Título V: Imputabilidad].*
Art. 22.8ª. *— [Título I: De la infracción penal. Capítulo IV: De las circunstancias que agravan la responsabilidad criminal].*	***Arts. 50 a 53.*** *[Título VIII: Reincidencia].*
Arts. 27 a 31. *—[Título II: De las personas criminalmente responsables de los delitos y faltas].*	***Arts. 45 a 49.*** *[Título VII: Participación criminal].*
Arts. 32 a 60. *— [Título III: De las penas. Capítulo I: De las penas, sus clases y efectos. Secciones 1ª a 6ª].*	***Arts. 5º a 25.*** *[Título II: De las penas].*
Arts. 61 a 71. *— [Título III: De las penas. Capítulo II: De la aplicación de las penas. Sección 1ª].*	***Arts. 40/41.*** *[Título V: Imputabilidad].*
Arts. 73 a 79. *— [Título III: De las penas. Capítulo II: De la aplicación de las penas. Sección 2ª].*	***Arts. 54 a 58.*** *[Título IX: Concurso de delitos].*

Arts. 80 a 87. *—[Título III: De las penas. Capítulo III: De las formas sustitutivas de la ejecución de las penas privativas de libertad. Sección 1ª].*	***Arts. 26 a 28.*** *[Título III: Condenación condicional].*
Art. 87. *— [Título III: De las penas. Capítulo III: De las formas sustitutivas de la ejecución de las penas privativas de libertad. Sección 1ª].*	***Arts. 26 a 28.*** *[Título III: Condenación condicional].* ***Arts. 50 a 53.*** *[Título VIII: Reincidencia].*
Art. 94. *— [Título III: De las penas. Capítulo III: De las formas sustitutivas de la ejecución de las penas privativas de libertad. Sección 4ª].*	***Arts. 50 a 53.*** *[Título VIII: Reincidencia].*
Arts. 109 a 115. *—[Título V: De la responsabilidad civil derivada de los delitos y faltas y de las costas procesales. Capítulo I: De la responsabilidad civil y su extensión].*	***Arts. 29 a 33.*** *[Título IV: Reparación de perjuicios].*
Arts. 116 a 122. *—[Título V: De la responsabilidad civil derivada de los delitos y faltas y de las costas procesales. Capítulo II: De las personas civilmente responsables].*	***Arts. 29 a 33.*** *[Título IV: Reparación de perjuicios].*
Arts. 123 a 124. *—[Título V: De la responsabilidad civil derivada de los delitos y faltas y de las costas procesales. Capítulo III: De las costas procesales].*	***Arts. 29 a 33.*** *[Título IV: Reparación de perjuicios].*
Arts. 125 a 126. *—[Título V: De la responsabilidad civil derivada de los delitos y faltas y de las costas procesales. Capítulo IV: Del cumplimiento de la responsabilidad civil y demás responsabilidades pecuniarias].*	***Arts. 29 a 33.*** *[Título IV: Reparación de perjuicios].*
Arts. 130 a 135. *—[Título VII: De la extinción de la responsabilidad criminal y sus efectos. Capítulo I: De las causas que extinguen la responsabilidad criminal].*	***Arts. 59 a 70.*** *[Título X: Extinción de acciones y de penas].*
Art. 136. *—[Título VII: De la extinción de la responsabilidad criminal y sus efectos. Capítulo II: De la cancelación de antecedentes delictivos].*	***Arts. 50 a 53.*** *[Título VIII: Reincidencia].*

Art. 137. *—[Título VII: De la extinción de la responsabilidad criminal y sus efectos. Capítulo II: De la cancelación de antecedentes delictivos].*	***Arts. 50 a 53.*** *[Título VIII: Reincidencia].*
Art. 23. *— LEY ORGANICA DEL PODER JUDICIAL.*	***Arts. 1º a 4º.*** *[Título I: Aplicación de la ley penal].*
Art. 104. *— LEY DE ENJUICIAMIENTO CRIMINAL.*	***Arts. 71 a 76.*** *[Título XI: Del ejercicio de las acciones].*

APENDICE II. *Legislación*

—A—

Texto de la Parte General del Código Penal español

Título Preliminar
DE LAS GARANTIAS PENALES Y DE LA APLICACION DE LA LEY PENAL

Artículo 1º. — *1.* No será castigada ninguna acción ni omisión que no esté prevista como delito o falta por Ley anterior a su perpetración.

2. Las medidas de seguridad sólo podrán aplicarse cuando concurran los presupuestos establecidos previamente por la Ley.

Art. 2º. — *1.* No será castigado ningún delito ni falta con pena que no se halle prevista por Ley anterior a su perpetración. Carecerán, igualmente, de efecto retroactivo las leyes que establezcan medidas de seguridad.

2. No obstante, tendrán efecto retroactivo aquellas leyes penales que favorezcan al reo, aunque al entrar en vigor hubiera recaído sentencia firme y el sujeto estuviese cumpliendo condena. En caso de duda sobre la determinación de la Ley más favorable, será oído el reo. Los hechos cometidos bajo la vigencia de una Ley temporal serán juzgados, sin embargo, conforme a ella, salvo que se disponga expresamente lo contrario.

Art. 3º. — *1.* No podrá ejecutarse pena ni medida de seguridad sino en virtud de sentencia firme dictada por el Juez o Tribunal competente, de acuerdo con las leyes procesales.

2. Tampoco podrá ejecutarse pena ni medida de seguridad en otra forma que la prescrita por la Ley y reglamentos que la desarrollan, ni con otras circunstancias o accidentes que los expresados en su texto. La ejecución de la pena o de la medida de seguridad se realizará bajo el control de los Jueces y Tribunales competentes.

Art. 4º. — *1.* Las leyes penales no se aplicarán a casos distintos de los comprendidos expresamente en ellas.

2. En el caso de que un Juez o Tribunal, en el ejercicio de su jurisdicción, tenga conocimiento de alguna acción u omisión que, sin estar penada por la Ley, estime digna de represión, se abstendrá de todo procedimiento sobre ella y expondrá al Gobierno las razones que le asistan para creer que debiera ser objeto de sanción penal.

3. Del mismo modo acudirá al Gobierno exponiendo lo conveniente sobre la derogación o modificación del precepto o la concesión de indulto, sin perjuicio de ejecutar desde luego la sentencia, cuando de la rigurosa aplicación de las disposiciones de la Ley resulte penada una acción u omisión que, a juicio del Juez o Tribunal, no debiera serlo, o cuando la pena sea notablemente excesiva, atendidos el mal causado por la infracción y las circunstancias personales del reo.

4. Si mediara petición de indulto, y el Juez o Tribunal hubiere apreciado en resolución fundada que por el cumplimiento de la pena puede resultar vulnerado el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas, suspenderá la ejecución de la misma en tanto no se resuelva sobre la petición formulada.

También podrá el Juez o Tribunal suspender la ejecución de la pena, mientras no se resuelva sobre el indulto cuando, de ser ejecutada la sentencia, la finalidad de éste pudiera resultar ilusoria.

Art. 5º. — No hay pena sin dolo o imprudencia.

Art. 6º. — 1. Las medidas de seguridad se fundamentan en la peligrosidad criminal del sujeto al que se impongan, exteriorizada en la comisión de un hecho previsto como delito.

2. Las medidas de seguridad no pueden resultar ni más gravosas ni de mayor duración que la pena abstractamente aplicable al hecho cometido, ni exceder el límite de lo necesario para prevenir la peligrosidad del autor.

Art. 7º. — A los efectos de determinar la Ley penal aplicable en el tiempo, los delitos y faltas se consideran cometidos en el momento en que el sujeto ejecuta la acción u omite el acto que estaba obligado a realizar.

Art. 8º. — Los hechos susceptibles de ser calificados con arreglo a dos o más preceptos de este Código, y no comprendidos en los artículos 73 a 77, se castigarán observando las siguientes reglas:

1ª. El precepto especial se aplicará con preferencia al general.

2ª. El precepto subsidiario se aplicará sólo en defecto del principal, ya se declare expresamente dicha subsidiariedad, ya sea ésta tácitamente deducible.

3ª. El precepto penal más amplio o complejo absorverá a los que castiguen las infracciones consumidas en aquél.

4ª. En defecto de los criterios anteriores, el precepto penal más grave excluirá los que castiguen el hecho con pena menor.

Art. 9º. — Las disposiciones de este Título se aplicarán a los delitos y faltas penados por leyes especiales. Las restantes disposiciones de este Código se aplicarán como supletorias en lo no previsto expresamente por aquéllas.

LIBRO PRIMERO
DISPOSICIONES GENERALES SOBRE LOS DELITOS Y LAS FALTAS, LAS PERSONAS RESPONSABLES, LAS PENAS, MEDIDAS DE SEGURIDAD Y DEMAS CONSECUENCIAS DE LA INFRACCION PENAL

Título Primero
DE LA INFRACCION PENAL

Capítulo Primero
DE LOS DELITOS Y FALTAS

Art. 10. — Son delitos o faltas las acciones y omisiones dolosas o imprudentes penadas por la Ley.

Art. 11. — Los delitos o faltas que consistan en la producción de un resultado sólo se entenderán cometidos por omisión cuando la no evitación del mismo, al infringir un especial deber jurídico del autor, equivalga, según el sentido del texto de la Ley, a su causación. A tal efecto se equiparará la omisión a la acción:

a) Cuando exista una específica obligación legal o contractual de actuar.

b) Cuando el omitente haya creado una ocasión de riesgo para el bien jurídicamente protegido mediante una acción u omisión precedente.

Art. 12. — Las acciones u omisiones imprudentes sólo se castigarán cuando expresamente lo disponga la Ley.

Art. 13. — *1.* Son delitos graves las infracciones que la Ley castiga con pena grave.

2. Son delitos menos graves las infracciones que la Ley castiga con pena menos grave.

3. Son faltas las infracciones que la Ley castiga con pena leve.

4. Cuando la pena, por su extensión, pueda incluirse a la vez entre las mencionadas en los dos primeros números de este artículo, el delito se considerará, en todo caso, como grave.

Art. 14. — *1.* El error invencible sobre un hecho constitutivo de la infracción penal excluye la responsabilidad criminal. Si el error, atendidas las circunstancias del hecho y las personales del autor, fuera vencible, la infracción será castigada, en su caso, como imprudente.

2. El error sobre un hecho que cualifique la infracción o sobre una circunstancia agravante, impedirá su apreciación.

3. El error invencible sobre la ilicitud del hecho constitutivo de la infracción penal excluye la responsabilidad criminal. Si el error fuera vencible, se aplicará la pena inferior en uno o dos grados.

Art. 15. — *1.* Son punibles el delito consumado y la tentativa de delito.

2. Las faltas sólo se castigarán cuando hayan sido consumadas, excepto las intentadas contra las personas o el patrimonio.

Art. 16. — *1.* Hay tentativa cuando el sujeto da principio a la ejecución del delito directamente por hechos exteriores, practicando todos o parte de los actos que objetivamente deberían producir el resultado, y sin embargo éste no se produce por causas independientes de la voluntad del autor.

2. Quedará exento de responsabilidad penal por el delito intentado quien evite voluntariamente la consumación del delito, bien desistiendo de la ejecución ya iniciada, bien impidiendo la producción del resultado, sin perjuicio de la responsabilidad en que pudiera haber incurrido por los actos ejecutados, si éstos fueren ya constitutivos de otro delito o falta.

3. Cuando en un hecho intervengan varios sujetos, quedarán exentos de responsabilidad penal aquel o aquellos que desistan de la ejecución ya iniciada, e impidan o intenten impedir, seria, firme y decididamente, la consumación, sin perjuicio de la responsabilidad en que pudieran haber incurrido por los actos ejecutados, si éstos fueren ya constitutivos de otro delito o falta.

Art. 17. — *1.* La conspiración existe cuando dos o más personas se conciertan para la ejecución de un delito y resuelven ejecutarlo.

2. La proposición existe cuando el que ha resuelto cometer un delito invita a otra u otras personas a ejecutarlo.

3. La conspiración y la proposición para delinquir sólo se castigarán en los casos especialmente previstos en la Ley.

Art. 18. — *1.* La provocación existe cuando directamente se incita por medio de la imprenta, la radiodifusión o cualquier otro medio de eficacia semejante, que facilite la publicidad, o ante una concurrencia de personas, a la perpetración de un delito.

Es apología, a los efectos de este Código, la exposición, ante una concurrencia de personas o por cualquier medio de difusión, de ideas o doctrinas que ensalcen el crimen o enaltezcan a su autor. La apología sólo será delictiva como forma de provocación y si por su naturaleza y circunstancias constituye una incitación directa a cometer un delito.

2. La provocación se castigará exclusivamente en los casos en que la Ley así lo prevea.

Si a la provocación hubiese seguido la perpetración del delito, se castigará como inducción.

Capítulo Segundo
DE LAS CAUSAS QUE EXIMEN DE LA RESPONSABILIDAD CRIMINAL

Art. 19. — Los menores de dieciocho años no serán responsables criminalmente con arreglo a este Código.

Cuando un menor de dicha edad cometa un hecho delictivo podrá ser responsable con arreglo a lo dispuesto en la ley que regule la responsabilidad penal del menor.

Art. 20. — Están exentos de responsabilidad criminal:

1°. El que al tiempo de cometer la infracción penal, a causa de cualquier anomalía o alteración psíquica, no pueda comprender la ilicitud del hecho o actuar conforme a esa comprensión.

El trastorno mental transitorio no eximirá de pena cuando hubiese sido provocado por el sujeto con el propósito de cometer el delito o hubiera previsto o debido prever su comisión.

2°. El que al tiempo de cometer la infracción penal se halle en estado de intoxicación plena por el consumo de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas u otras que produzcan efectos análogos, siempre que no haya sido buscado con el propósito de cometerla o no se hubiese previsto o debido prever su comisión, o se halle bajo la influencia de un síndrome de abstinencia, a causa de su dependencia de tales sustancias, que le impida comprender la ilicitud del hecho o actuar conforme a esa comprensión.

3°. El que, por sufrir alteraciones en la percepción desde el nacimiento o desde la infancia, tenga alterada gravemente la conciencia de la realidad.

4°. El que obre en defensa de la persona o derechos propios o ajenos, siempre que concurran los requisitos siguientes:

Primero.— Agresión ilegítima. En caso de defensa de los bienes se reputará agresión ilegítima el ataque a los mismos que constituya delito o falta y los ponga en grave peligro de deterioro o pérdida inminentes. En caso de defensa de la morada o sus dependencias, se reputará agresión ilegítima la entrada indebida en aquélla o éstas. *Segundo.*— Necesidad racional del medio empleado para impedirla o repelerla. *Tercero.*— Falta de provocación suficiente por parte del defensor.

5°. El que, en estado de necesidad, para evitar un mal propio o ajeno lesione un bien jurídico de otra persona o infrinja un deber, siempre que concurran los siguientes requisitos:

Primero.— Que el mal causado no sea mayor que el que se trate de evitar. *Segundo.*— Que la situación de necesidad no haya sido provocada intencio-

nadamente por el sujeto. *Tercero.*— Que el necesitado no tenga, por su oficio o cargo, obligación de sacrificarse.

6°. El que obre impulsado por miedo insuperable.

7°. El que obre en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo.

En los supuestos de los tres primeros números se aplicarán, en su caso, las medidas de seguridad previstas en este Código.

Capítulo Tercero
DE LAS CIRCUNSTANCIAS QUE ATENUAN LA RESPONSABILIDAD CRIMINAL

Art. 21. — Son circunstancias atenuantes:

1ª. Las causas expresadas en el capítulo anterior, cuando no concurrieren todos los requisitos necesarios para eximir de responsabilidad en sus respectivos casos.

2ª. La de actuar el culpable a causa de su grave adicción a las sustancias mencionadas en el número 2° del artículo anterior.

3ª. La de obrar por causas o estímulos tan poderosos que hayan producido arrebato, obcecación u otro estado pasional de entidad semejante.

4ª. La de haber procedido el culpable, antes de conocer que el procedimiento judicial se dirige contra él, a confesar la infracción a las autoridades.

5ª. La de haber procedido el culpable a reparar el daño ocasionado a la víctima, o disminuir sus efectos, en cualquier momento del procedimiento y con anterioridad a la celebración del acto del juicio oral.

6ª. Cualquier otra circunstancia de análoga significación que las anteriores.

Capítulo Cuarto
DE LAS CIRCUNSTANCIAS QUE AGRAVAN LA RESPONSABILIDAD CRIMINAL

Art. 22. — Son circunstancias agravantes:

1ª. Ejecutar el hecho con alevosía.

Hay alevosía cuando el culpable comete cualquiera de los delitos contra las personas empleando en la ejecución medios, modos o formas que tiendan directa o especialmente a asegurarla, sin el riesgo que para su persona pudiera proceder de la defensa por parte del ofendido.

2ª. Ejecutar el hecho mediante disfraz, con abuso de superioridad o aprovechando las circunstancias de lugar, tiempo o auxilio de otras personas que debiliten la defensa del ofendido o faciliten la impunidad del delincuente.

3ª. Ejecutar el hecho mediante precio, recompensa o promesa.

4ª. Cometer el delito por motivos racistas, antisemitas u otra clase de discriminación referente a la ideología, religión o creencias de la víctima, la etnia, raza o nación a la que pertenezca, su sexo u orientación sexual, o la enfermedad o minusvalía que padezca.

5ª. Aumentar deliberada e inhumanamente el sufrimiento de la víctima, causando a ésta padecimientos innecesarios para la ejecución del delito.

6ª. Obrar con abuso de confianza.

7ª. Prevalerse del carácter público que tenga el culpable.

8ª. Ser reincidente.

Hay reincidencia cuando, al delinquir, el culpable haya sido condenado ejecutoriamente por un delito comprendido en el mismo título de este Código, siempre que sea de la misma naturaleza.

A los efectos de este número no se computarán los antecedentes penales cancelados o que debieran serlo.

Capítulo Quinto
DE LA CIRCUNSTANCIA MIXTA DE PARENTESCO

Art. 23. — Es circunstancia que puede atenuar o agravar la responsabilidad según la naturaleza, los motivos y los efectos del delito, ser el agraviado cónyuge o persona a quien se halle ligado de forma estable por análoga relación de afectividad, ascendiente, descendiente o hermano por naturaleza, por adopción o afinidad en los mismos grados del ofensor.

Capítulo Sexto
DISPOSICIONES GENERALES

Art. 24. — *1.* A los efectos penales se reputará autoridad al que por sí solo o como miembro de alguna corporación, tribunal u órgano colegiado tenga mando o ejerza jurisdicción propia.

En todo caso, tendrán la consideración de autoridad los miembros del Congreso de los Diputados, del Senado, de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas y del Parlamento Europeo. Se reputará también autoridad a los funcionarios del Ministerio Fiscal.

2. Se considerará funcionario público todo el que por disposición inmediata de la Ley o por elección o por nombramiento de autoridad competente participe en el ejercicio de funciones públicas.

Art. 25. — A los efectos de este Código se considera incapaz a toda persona, haya sido o no declarada su incapacitación, que padezca una enfermedad de carácter persistente que le impida gobernar su persona o bienes por sí misma.

Art. 26. — A los efectos de este Código se considera documento todo soporte material que exprese o incorpore datos, hechos o narraciones con eficacia probatoria o cualquier otro tipo de relevancia jurídica.

Título Segundo
DE LAS PERSONAS CRIMINALMENTE RESPONSABLES DE LOS DELITOS Y FALTAS

Art. 27. — Son responsables criminalmente de los delitos y faltas los autores y los cómplices.

Art. 28. — Son autores quienes realizan el hecho por sí solos, conjuntamente o por medio de otro del que se sirven como instrumento.

También serán considerados autores:

a) Los que inducen directamente a otro u otros a ejecutarlo.

b) Los que cooperan a su ejecución con un acto sin el cual no se habría efectuado.

Art. 29. — Son cómplices los que, no hallándose comprendidos en el artículo anterior, cooperan a la ejecución del hecho con actos anteriores o simultáneos.

Art. 30. — *1.* En los delitos y faltas que se cometan utilizando medios o soportes de difusión mecánicos no responderán criminalmente ni los cómplices ni quienes los hubieren favorecido personal o realmente.

2. Los autores a los que se refiere el artículo 28 responderán de forma escalonada, excluyente y subsidiaria de acuerdo con el siguiente orden:

1°. Los que realmente hayan redactado el texto o producido el signo de que se trate, y quienes les hayan inducido a realizarlo.

2°. Los directores de la publicación o programa en que se difunda.

3°. Los directores de la empresa editora, emisora o difusora.

4°. Los directores de la empresa grabadora, reproductora o impresora.

3. Cuando por cualquier motivo distinto de la extinción de la responsabilidad penal, incluso la declaración de rebeldía o la residencia fuera de España, no pueda perseguirse a ninguna de las personas comprendidas en alguno de los números del apartado anterior, se dirigirá el procedimiento contra las mencionadas en el número inmediatamente posterior.

Art. 31. — El que actúa como administrador de hecho o de derecho de una persona jurídica, o en nombre o representación legal o voluntaria de otro, responderá personalmente, aunque no concurran en él las condiciones, cualidades o relaciones que la correspondiente figura de delito o falta requiera para poder ser sujeto activo del mismo, si tales circunstancias se dan en la entidad o persona en cuyo nombre o representación obre.

Título Tercero
DE LAS PENAS

Capítulo Primero
DE LAS PENAS, SUS CLASES Y EFECTOS

Sección 1ª. De las penas y sus clases

Art. 32. — Las penas que pueden imponerse con arreglo a este Código, bien con carácter principal bien como accesorias, son privativas de libertad, privativas de otros derechos y multa.

Art. 33. — *1.* En función de su naturaleza y duración, las penas se clasifican en graves, menos graves y leves.

2. Son penas graves:

a) La prisión superior a tres años.
b) La inhabilitación absoluta.
c) Las inhabilitaciones especiales por tiempo superior a tres años.
d) La suspensión de empleo o cargo público por tiempo superior a tres años.
e) La privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores por tiempo superior a seis años.
f) La privación del derecho a la tenencia y porte de armas por tiempo superior a seis años.
g) La privación del derecho a residir en determinados lugares o acudir a ellos por tiempo superior a tres años.

3. Son penas menos graves:

a) La prisión de seis meses a tres años.
b) Las inhabilitaciones especiales hasta tres años.
c) La suspensión de empleo o cargo público hasta tres años.
d) La privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores de un año y un día a seis años.
e) La privación del derecho a la tenencia y porte de armas de un año y un día a seis años.
f) La privación del derecho a residir en determinados lugares o acudir a ellos de seis meses a tres años.
g) La multa de más de dos meses.
h) La multa proporcional, cualquiera que fuese su cuantía.
i) El arresto de siete a veinticuatro fines de semana.
j) Los trabajos en beneficio de la comunidad de noventa y seis a trescientas ochenta y cuatro horas.

4. Son penas leves:

a) La privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores de tres meses a un año.

b) La privación del derecho a la tenencia y porte de armas de tres meses a un año.
c) La multa de cinco días a dos meses.
d) El arresto de uno a seis fines de semana.
e) Los trabajos en beneficio de la comunidad de dieciséis a noventa y seis horas.

5. La responsabilidad personal subsidiaria por impago de multa tendrá naturaleza menos grave o leve, según la que corresponda a la pena que sustituya.

6. Las penas accesorias tendrán la duración que respectivamente tenga la pena principal.

Art. 34. — No se reputarán penas:

1. La detención y prisión preventiva y las demás medidas cautelares de naturaleza penal.

2. Las multas y demás correcciones que, en uso de atribuciones gubernativas o disciplinarias, se impongan a los subordinados o administrados.

3. Las privaciones de derechos y las sanciones reparadoras que establezcan las leyes civiles o administrativas.

Sección 2ª. De las penas privativas de libertad

Art. 35. — Son penas privativas de libertad la prisión, el arresto de fin de semana y la responsabilidad personal subsidiaria por impago de multa.

Art. 36. — La pena de prisión tendrá una duración mínima de seis meses y máxima de veinte años, salvo lo que excepcionalmente dispongan otros preceptos del presente Código.

Su cumplimiento, así como los beneficios penitenciarios que supongan acortamiento de la condena, se ajustarán a lo dispuesto en las Leyes y en el presente Código.

Art. 37. — *1.* El arresto de fin de semana tendrá una duración de treinta y seis horas y equivaldrá, en cualquier caso, a dos días de privación de libertad. Tan sólo podrán imponerse como máximo veinticuatro fines de semana como arresto, salvo que la pena se imponga como sustitutiva de otra privativa de libertad; en tal caso su duración será la que resulte de la aplicación de las reglas contenidas en el artículo 88 de este Código.

2. Su cumplimiento tendrá lugar durante los viernes, sábados o domingos, en el establecimiento penitenciario más próximo al domicilio del arrestado.

No obstante lo dispuesto en el párrafo anterior, si las circunstancias lo aconsejaran, el Juez o Tribunal sentenciador podrá ordenar, previo acuerdo del reo y oído el Ministerio Fiscal, que el arresto de fin de semana se cumpla en otros

días de la semana, o de no existir Centro penitenciario en el partido judicial donde resida el penado, siempre que fuera posible, en depósitos municipales.

3. Si el condenado incurriera en dos ausencias no justificadas, el Juez de Vigilancia, sin perjuicio de deducir testimonio por el quebrantamiento de condena, podrá acordar que el arresto se ejecute ininterrumpidamente.

4. Las demás circunstancias de ejecución se establecerán reglamentariamente de acuerdo con lo dispuesto en la Ley penitenciaria, cuyas normas se aplicarán supletoriamente en lo no previsto expresamente en este Código.

Art. 38. — *1.* Cuando el reo estuviere preso, la duración de las penas empezará a computarse desde el día en que la sentencia condenatoria haya quedado firme.

2. Cuando el reo no estuviere preso, la duración de las penas empezará a contarse desde que ingrese en el establecimiento adecuado para su cumplimiento.

Sección 3ª. De las penas privativas de derechos

Art. 39. — Son penas privativas de derechos:

a) La inhabilitación absoluta.

b) Las de inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión, oficio, industria o comercio, o de los derechos de patria potestad, tutela, guarda o curatela, derecho de sufragio pasivo o de cualquier otro derecho.

c) La suspensión de empleo o cargo público.

d) La privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores.

e) La privación del derecho a la tenencia y porte de armas.

f) La privación del derecho a residir en determinados lugares o acudir a ellos.

g) Los trabajos en beneficio de la comunidad.

Art. 40. — La pena de inhabilitación absoluta tendrá una duración de seis a veinte años, las de inhabilitación especial, de seis meses a veinte años, la de suspensión de empleo o cargo público, de seis meses a seis años, la de privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores y la de privación del derecho a la tenencia y porte de armas, de tres meses a diez años; la de privación del derecho a residir o acudir a determinados lugares, de seis meses a cinco años; y la de trabajos en beneficio de la comunidad, de un día a un año.

Art. 41. — La pena de inhabilitación absoluta produce la privación definitiva de todos los honores, empleos y cargos públicos que tenga el penado, aunque sean electivos. Produce, además, la incapacidad para obtener los mismos o cualesquiera otros honores, cargos o empleos públicos, y la de ser elegido para cargo público, durante el tiempo de la condena.

Art. 42. — La pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público produce la privación definitiva del empleo o cargo sobre el que recayere y de los honores que le sean anejos. Produce, además, la incapacidad para obtener el mismo u otros análogos, durante el tiempo de la condena. En la sentencia habrán de especificarse los empleos, cargos y honores sobre los que recae la inhabilitación.

Art. 43. — La suspensión de empleo o cargo público priva de su ejercicio al penado durante el tiempo de la condena.

Art. 44. — La inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo priva al penado, durante el tiempo de la condena, del derecho a ser elegido para cargos públicos.

Art. 45. — La inhabilitación especial para profesión, oficio, industria o comercio o cualquier otro derecho, que ha de concretarse expresa y motivadamente en la sentencia, priva al penado de la facultad de ejercerlos durante el tiempo de la condena.

Art. 46. — La inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento, priva al penado de los derechos inherentes a la primera, y supone la extinción de las demás, así como la incapacidad para obtener nombramiento para dichos cargos durante el tiempo de la condena.

Art. 47. — La imposición de la pena de privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores, inhabilitará al penado para el ejercicio de ambos derechos durante el tiempo fijado en la sentencia.

La imposición de la pena de privación del derecho a la tenencia y porte de armas inhabilitará al penado para el ejercicio de este derecho por el tiempo fijado en la sentencia.

Art. 48. — La privación del derecho a residir en determinados lugares o acudir a ellos impide al penado volver al lugar en que haya cometido el delito, o a aquel en que resida la víctima o su familia, si fueren distintos.

Art. 49. — Los trabajos en beneficio de la comunidad, que no podrán imponerse sin consentimiento del penado, le obligan a prestar su cooperación no retribuida en determinadas actividades de utilidad pública. Su duración diaria no podrá exceder de ocho horas y sus condiciones serán las siguientes:

1ª. La ejecución se desarrollará bajo el control del Juez o Tribunal sentenciador, que, a tal efecto, podrá requerir informes sobre el desempeño del trabajo a la Administración, entidad pública o asociación de interés general en que se presten los servicios.

2ª. No atentará a la dignidad del penado.

3ª. El trabajo en beneficio de la comunidad será facilitado por la Administración, la cual podrá establecer los convenios oportunos a tal fin.

4ª. Gozará de la protección dispensada a los penados por la legislación penitenciaria en materia de Seguridad Social.

5ª. No se supeditará al logro de intereses económicos.

Las demás circunstancias de su ejecución se establecerán reglamentariamente de acuerdo con lo dispuesto en la Ley Penitenciaria, cuyas disposiciones se aplicarán supletoriamnte en lo no previsto expresamente en este Código.

Sección 4ª. De la pena de multa

Art. 50. — *1.* La pena de multa consistirá en la imposición al condenado de una sanción pecuniaria.

2. La pena de multa se impondrá, salvo que la Ley disponga otra cosa, por el sistema de días-multa.

3. Su extensión mínima será de cinco días, y la máxima, de dos años. Este límite máximo no será de aplicación cuando la multa se imponga como sustitutiva de otra pena; en este caso su duración será la que resulte de la aplicación de las reglas previstas en el artículo 88.

4. La cuota diaria tendrá un mínimo de doscientas pesetas y un máximo de cincuenta mil. A efectos de cómputo, cuando se fije la duración por meses o por años, se entenderá que los meses son de treinta días y los años de trescientos sesenta.

5. Los Jueces o Tribunales determinarán motivadamente la extensión de la pena dentro de los límites establecidos para cada delito y según las reglas del capítulo II de este Título. Igualmente, fijarán en la sentencia, el importe de estas cuotas, teniendo en cuenta para ello exclusivamente la situación económica del reo, deducida de su patrimonio, ingresos, obligaciones y cargas familiares y demás circunstancias personales del mismo.

6. El Tribunal determinará en la sentencia el tiempo y forma del pago de las cuotas.

Art. 51. — Si, después de la sentencia, el penado empeorare su fortuna, el Juez o Tribunal, excepcionalmente y tras la debida indagación de la capacidad económica de aquél, podrá reducir el importe de las cuotas.

Art. 52. — *1.* No obstante lo dispuesto en los artículos anteriores y cuando el Código así lo determine, la multa se establecerá en proporción al daño causado, el valor del objeto del delito o el beneficio reportado por el mismo.

2. En estos casos, en la aplicación de las multas, los Jueces y Tribunales podrán recorrer toda la extensión en que la Ley permita imponerlas, consideran-

do para determinar en cada caso su cuantía, no sólo las circunstancias atenuantes y agravantes del hecho, sino principalmente la situación económica del culpable.

Art. 53. — *1.* Si el condenado no satisficiere, voluntariamente o por vía de apremio, la multa impuesta, quedará sujeto a una responsabilidad personal subsidiaria de un día de privación de libertad por cada dos cuotas diarias no satisfechas, que podrá cumplirse en régimen de arrestos de fin de semana.

También podrá el Juez o Tribunal, previa conformidad del penado, acordar que la responsabilidad subsidiaria se cumpla mediante trabajos en beneficio de la comunidad. En este caso, cada día de privación de libertad equivaldrá a una jornada de trabajo.

2. En los supuestos de multa proporcional los Jueces y Tribunales establecerán, según su prudente arbitrio, la responsabilidad personal subsidiaria que proceda, que no podrá exceder, en ningún caso, de un año de duración. También podrá el Juez o Tribunal acordar, previa conformidad del penado, que se cumpla mediante trabajos en beneficio de la comunidad.

3. Esta responsabilidad subsidiaria no se impondrá a los condenados a pena privativa de libertad superior a cuatro años.

4. El cumplimiento de la responsabilidad subsidiaria extingue la obligación de pago de la multa, aunque el reo mejore de fortuna.

Sección 5ª. De las penas accesorias

Art. 54. — Las penas de inhabilitación son accesorias en los casos en que, no imponiéndolas especialmente, la Ley declare que otras penas las llevan consigo.

Art. 55. — La pena de prisión igual o superior a diez años llevará consigo la inhabilitación absoluta durante el tiempo de la condena, salvo que ésta ya estuviere prevista como pena principal para el supuesto de que se trate.

Art. 56. — En las penas de prisión de hasta diez años, los Jueces o Tribunales impondrán, atendiendo a la gravedad del delito, como penas accesorias alguna de las siguientes: suspensión de empleo o cargo público, inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, o inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión, oficio, industria o comercio o cualquier otro derecho, si éstos hubieran tenido relación directa con el delito cometido, debiendo determinarse expresamente en la sentencia esta vinculación.

Art. 57. — Los Jueces o Tribunales, en los delitos de homicidio, lesiones, aborto, contra la libertad, torturas y contra la integridad moral, la libertad se-

xual, la intimidad, el honor, el patrimonio y el orden socioeconómico, atendiendo a la gravedad de los hechos y al peligro que el delincuente represente, podrán acordar en sus sentencias la prohibición de que el reo vuelva al lugar en que haya cometido el delito, o acuda a aquel en que resida la víctima o su familia, si fueren distintos, dentro del período de tiempo que el Juez o Tribunal señalen, según las circunstancias del caso, sin que pueda exceder de cinco años.

Sección 6ª. Disposiciones comunes

Art. 58. — *1.* El tiempo de privación de libertad sufrido preventivamente se abonará en su totalidad para el cumplimiento de la pena o penas impuestas en la causa en que dicha privación haya sido acordada o, en su defecto, de las que pudieran imponerse contra el reo en otras, siempre que hayan tenido por objeto hechos anteriores al ingreso en prisión.

2. Igualmente, se abonarán en su totalidad, para el cumplimiento de la pena impuesta, las privaciones de derechos acordadas cautelarmente.

Art. 59. — Cuando las medidas cautelares sufridas y la pena impuesta sean de distinta naturaleza, el Juez o Tribunal ordenará que se tenga por ejecutada la pena impuesta en aquella parte que estime compensada.

Art. 60. — *1.* Cuando, después de pronunciada sentencia firme, se aprecie en el penado una situación duradera de trastorno mental grave que le impida conocer el sentido de la pena, se suspenderá la ejecución de la pena privativa de libertad que se le haya impuesto garantizando el Juez o Tribunal que aquél reciba la asistencia médica precisa.

2. Restablecida la salud mental del penado, éste cumplirá la sentencia si la pena no hubiere prescrito, sin perjuicio de que el Juez o Tribunal, por razones de equidad, pueda dar por extinguida la condena o reducir su duración, en la medida en que el cumplimiento de la pena resulte innecesario o contraproducente.

Capítulo Segundo
DE LA APLICACION DE LAS PENAS

Sección 1ª. Reglas generales para la aplicación de las penas

Art. 61. — Cuando la Ley establece una pena, se entiende que la impone a los autores de la infracción consumada.

Art. 62. — A los autores de tentativa de delito se les impondrá la pena inferior en uno o dos grados a la señalada por la Ley para el delito consumado, en la

extensión que se estime adecuada, atendiendo al peligro inherente al intento y al grado de ejecución alcanzado.

Art. 63. — A los cómplices de un delito consumado o intentado se les impondrá la pena inferior en grado a la fijada por la Ley para los autores del mismo delito.

Art. 64. — Las reglas anteriores no serán de aplicación en los casos en que la tentativa y la complicidad se hallen especialmente penadas por la Ley.

Art. 65. — *1.* Las circunstancias agravantes o atenuantes que consistan en la disposición moral del delincuente, en sus relaciones particulares con el ofendido o en otra causa personal, servirán para agravar o atenuar la responsabilidad sólo de aquellos en quienes concurran.

2. Las que consistan en la ejecución material del hecho o en los medios empleados para realizarla, servirán únicamente para agravar o atenuar la responsabilidad de los que hayan tenido conocimiento de ellas en el momento de la acción o de su cooperación para el delito.

Art. 66. — En la aplicación de la pena, los Jueces o Tribunales observarán, según haya o no circunstancias atenuantes o agravantes, las siguientes reglas:

1ª. Cuando no concurrieren circunstancias atenuantes ni agravantes o cuando concurran unas y otras, los Jueces o Tribunales individualizarán la pena imponiendo la señalada por la Ley en la extensión adecuada a las circunstancias personales del delincuente y a la mayor o menor gravedad del hecho, razonándolo en la sentecia.

2ª. Cuando concurra sólo alguna circunstancia atenuante, los Jueces o Tribunales no podrán rebasar en la aplicación de la pena la mitad inferior de la que fije la Ley para el delito.

3ª. Cuando concurran una o varias circunstancias agravantes, los Jueces o Tribunales impondrán la pena en la mitad superior de la establecida por la Ley.

4ª. Cuando sean dos o más las circunstancias atenuantes o una sola muy cualificada, los Jueces o Tribunales, razonándolo en la sentencia, podrán imponer la pena inferior en uno o dos grados a la señalada por la Ley, aplicándola en la extensión que estimen pertinente, según la entidad y número de dichas circunstancias.

Art. 67. — Las reglas del artículo anterior no se aplicarán a las circunstancias agravantes o atenuantes que la Ley haya tenido en cuenta al describir o sancionar una infracción, ni a las que sean de tal manera inherentes al delito que sin la concurrencia de ellas no podría cometerse.

Art. 68. — En los casos previstos en la circunstancia 1ª del artículo 21, los Jueces o Tribunales podrán imponer, razonándolo en la sentencia, la pena in-

ferior en uno o dos grados a la señalada por la Ley, aplicándola en la extensión que estimen pertinenete, atendidos el número y la entidad de los requisitos que falten o concurran, las circunstancias personales del autor y, en su caso, el resto de las circunstancias atenuantes o agravantes.

Art. 69. — Al mayor de dieciocho años y menor de veintiuno que cometa un delito, podrán aplicársele las disposiciones de la Ley que regule la responsabilidad penal del menor en los casos y con los requisitos que ésta disponga.

Art. 70. — *1.* La pena superior o inferior en grado a la prevista por la Ley para cualquier delito tendrá la extensión resultante de la aplicación de las siguientes reglas:

1ª. La pena superior en grado se formará partiendo de la cifra máxima señalada por la Ley para el delito de que se trate y aumentando a ésta la mitad de su cuantía, constituyendo la suma resultante su límite máximo.

2ª. La pena inferior en grado se formará partiendo de la cifra mínima señalada por la Ley para el delito de que se trate y deduciendo de ésta la mitad de su cuantía, constituyendo el resultado de tal deducción su límite mínimo.

2. Cuando, en la aplicación de la regla establecida en el subapartado 1° del apartado 1 de este artículo, la pena superior en grado exceda de los límites máximos fijados a cada pena en este Código, se considerarán como inmediatamente superiores:

1ª. Si la pena determinada fuera la de prisión, la misma pena, con la cláusula de que su duración máxima será de treinta años.

2ª. Si fuera la de inhabilitación absoluta o especial, la misma pena, con la cláusula de que su duración máxima será de veinticinco años.

3ª. Tratándose de privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores y del derecho a la tenencia y porte de armas, las mismas penas, con la cláusula de que su duración máxima será de quince años.

4ª. Si fuera de multa, la misma pena, con la cláusula de que su duración máxima será de treinta meses.

5ª. En el arresto de fin de semana, el mismo arresto, con la cláusula de que su duración máxima será de treinta y seis fines de semana.

Art. 71. — *1.* En la determinación de la pena inferior en grado, los Jueces o Tribunales no quedarán limitados por las cuantías mínimas señaladas en la Ley a cada clase de pena, sino que podrán reducirlas en la forma que resulte de la aplicación de la regla correspondiente.

2. No obstante, cuando por aplicación de las reglas anteriores proceda imponer una pena de prisión inferior a seis meses, ésta será en todo caso sustitui-

da conforme a lo dispuesto en la sección 2ª del capítulo III de este Título, sin perjuicio de la suspensión de la ejecución de la pena en los casos en que proceda.

Art. 72. — Cuando la pena señalada en la Ley no tenga una de las formas previstas especialmente en este Título, se individualizará y aplicará, en cada caso, haciendo uso analógico de las reglas anteriores.

Sección 2ª. Reglas especiales para la aplicación de las penas

Art. 73. — Al responsable de dos o más delitos o faltas se le impondrán todas las penas correspondientes a las diversas infracciones para su cumplimiento simultáneo, si fuera posible, por la naturaleza y efectos de las mismas.

Art. 74. — *1.* No obstante lo dispuesto en el artículo anterior, el que, en ejecución de un plan preconcebido o aprovechando idéntica ocasión, realice una pluralidad de acciones u omisiones que ofendan a uno o varios sujetos e infrinjan el mismo precepto penal o preceptos de igual o semejante naturaleza, será castigado, como autor de un delito o falta continuados, con la pena señalada para la infracción más grave, que se impondrá en su mitad superior.

2. Si se tratare de infracciones contra el patrimonio, se impondrá la pena teniendo en cuenta el perjuicio total causado. En estas infracciones el Juez o Tribunal impondrá, motivadamente, la pena superior en uno o dos grados, en la extensión que estime conveniente, si el hecho revistiere notoria gravedad y hubiere perjudicado a una generalidad de personas.

3. Quedan exceptuadas de lo establecido en los apartados anteriores las ofensas a bienes eminentemente personales, salvo las constitutivas de infracciones contra el honor y la libertad sexual; en tales casos se atenderá a la naturaleza del hecho y del precepto infringido para aplicar o no la continuidad delictiva.

Art. 75. — Cuando todas o algunas de las penas correspondientes a las diversas infracciones no puedan ser cumplidas simultáneamente por el condenado, se seguirá el orden de su respectiva gravedad para su cumplimiento sucesivo, en cuanto sea posible.

Art. 76. — *1.* No obstante lo dispuesto en el artículo anterior, el máximo de cumplimiento efectivo de la condena del culpable no podrá exceder del triple del tiempo por el que se le imponga la más grave de las penas en que haya incurrido, declarando extinguidas las que procedan desde que las ya impuestas cubran dicho máximo, que no podrá exceder de veinte años. Excepcionalmente, este límite máximo será:

a) De veinticinco años, cuando el sujeto haya sido condenado por dos o más delitos y alguno de ellos esté castigado por la Ley con pena de prisión de hasta veinte años.

b) De treinta años, cuando el sujeto haya sido condenado por dos o más delitos y alguno de ellos esté castigado por la Ley con pena de prisión superior a veinte años.

2. La limitación se aplicará aunque las penas se hayan impuesto en distintos procesos si los hechos, por su conexión, pudieran haberse enjuiciado en uno sólo.

Art. 77. — *1.* Lo dispuesto en los dos artículos anteriores, no es aplicable en el caso de que un solo hecho constituya dos o más infracciones, o cuando una de ellas sea medio necesario para cometer la otra.

2. En estos casos se aplicará en su mitad superior la pena prevista para la infracción más grave, sin que pueda exceder de la que represente la suma de las que correspondería aplicar si se penaran separadamente las infracciones.

3. Cuando la pena así computada exceda de este límite, se sancionarán las infracciones por separado.

Art. 78. — Si a consecuencia de las limitaciones establecidas en el artículo 76 la pena a cumplir resultase inferior a la mitad de la suma total de las impuestas, el Juez o Tribunal, atendida la peligrosidad criminal del penado, podrá acordar motivadamente que los beneficios penitenciarios y el cómputo de tiempo para la libertad condicional se refieran a la totalidad de las penas impuestas en las sentencias, sin perjuicio de lo que, a la vista del tratamiento, pueda resultar procedente.

En este último caso, el Juez de Vigilancia Penitenciaria, valorando, en su caso, las circunstancias personales del reo, la evolución del tratamiento reeducador y el pronóstico de reinserción social, podrá acordar razonadamente, oído el Ministerio Fiscal, la aplicación del régimen general de cumplimiento.

Art. 79. — Siempre que los Jueces o Tribunales impongan una pena que lleve consigo otras accesorias condenarán también expresamente al reo a estas últimas.

Capítulo Tercero
DE LAS FORMAS SUSTITUTIVAS DE LA EJECUCION DE LAS PENAS PRIVATIVAS DE LIBERTAD

Sección 1ª. De la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad

Art. 80. — *1.* Los Jueces o Tribunales podrán dejar en suspenso la ejecución de las penas privativas de libertad inferiores a dos años mediante resolución motivada, atendiendo fundamentalmente a la peligrosidad criminal del sujeto.

2. El plazo de suspensión será de dos a cinco años para las penas privativas de libertad inferiores a dos años, y de tres meses a un año para las penas leves y se fijará por los Jueces o Tribunales, previa audiencia de las partes, atendidas las circunstancias personales del delincuente, las características del hecho y la duración de la pena.

3. La suspensión de la ejecución de la pena no será extensiva a la responsabilidad civil derivada del delito o falta penados.

4. Los Jueces y Tribunales sentenciadores podrán otorgar la suspensión de cualquier pena impuesta sin sujeción a requisito alguno en el caso de que el penado esté aquejado de una enfermedad muy grave con padecimientos incurables, salvo que en el momento de la comisión del delito tuviera ya otra pena suspendida por el mismo motivo.

Art. 81. — Serán condiciones necesarias para dejar en suspenso la ejecución de la pena, las siguientes:

1ª. Que el condenado haya delinquido por primera vez. A tal efecto no se tendrán en cuenta las anteriores condenas por delitos imprudentes ni los antecedentes penales que hayan sido cancelados, o debieran serlo, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 136 de este Código.

2ª. Que la pena impuesta, o la suma de las impuestas en una misma sentencia, no sea superior a los dos años de privación de libertad.

3ª. Que se hayan satisfecho las responsabilidades civiles que se hubieren originado, salvo que el Juez o Tribunal sentenciador, después de oír a los interesados y al Ministerio Fiscal, declare la imposibilidad total o parcial de que el condenado haga frente a las mismas.

Art. 82. — Declarada la firmeza de la sentencia y acreditados los requisitos establecidos en el artículo anterior, los Jueces o Tribunales se pronunciarán con la mayor urgencia sobre la concesión o no de la suspensión de la ejecución de la pena. Mientras tanto, no comunicarán ningún antecedente al Registro Central de Penados y Rebeldes.

Si el Juez o Tribunal acordara la suspensión de la ejecución de la pena, la inscripción de la pena suspendida se llevará a cabo en una Sección especial, separada y reservada de dicho Registro, a la que sólo podrán pedir antecedentes los Jueces o Tribunales.

Art. 83. — *1.* La suspensión de la ejecución de la pena quedará siempre condicionada a que el reo no delinca en el plazo fijado por el Juez o Tribunal conforme al artículo 80.2 de este Código. En el caso de que la pena suspendida fuese de prisión, el Juez o Tribunal sentenciador, si lo estima necesario, podrá también condicionar la suspensión al cumplimiento de las obligaciones o deberes que le haya fijado de entre las siguientes:

1°. Prohibición de acudir a determinados lugares.

2°. Prohibición de ausentarse sin autorización del Juez o Tribunal del lugar donde resida.
3°. Comparecer personalmente ante el Juzgado o Tribunal, o Servicio de la Administración que éstos señalen, para informar de sus actividades y justificarlas.
4°. Participar en programas formativos, laborales, culturales, de educación vial, sexual y otros similares.
5°. Cumplir los demás deberes que el Juez o Tribunal estime convenientes para la rehabilitación social del penado, previa conformidad de éste, siempre que no atenten contra su dignidad como persona.

2. Los servicios correspondientes de la Administración competente informarán al Juez o Tribunal sentenciador, al menos cada tres meses, sobre la observancia de las reglas de conducta impuestas.

Art. 84. — *1.* Si el sujeto delinquiera durante el plazo de suspensión fijado, el Juez o Tribunal revocará la suspensión de la ejecución de la pena.

2. Si el sujeto infringiera durante el plazo de suspensión las obligaciones o deberes impuestos, el Juez o Tribunal podrá, previa audiencia de las partes, según los casos:

a) Sustituir la regla de conducta impuesta por otra distinta.
b) Prorrogar el plazo de suspensión, sin que en ningún caso pueda exceder de cinco años.
c) Revocar la suspensión de la ejecución de la pena, si el incumplimiento fuera reiterado.

Art. 85. — *1.* Revocada la suspensión, se ordenará la ejecución de la pena, así como la inscripción de la misma en el Registro Central de Penados y Rebeldes.

2. Transcurrido el plazo de suspensión fijado sin haber delinquido el sujeto, y cumplidas, en su caso, las reglas de conducta fijadas por el Juez o Tribunal, éste acordará la remisión de la pena, ordenando la cancelación de la inscripción hecha en la Sección especial del Registro Central de Penados y Rebeldes. Este antecedente penal no se tendrá en cuenta a ningún efecto.

Art. 86. — En los delitos que sólo pueden ser perseguidos previa denuncia o querella del ofendido, los Jueces y Tribunales oirán a éste y, en su caso, a quien le represente, antes de conceder los beneficios de la suspensión de la ejecución de la pena.

Art. 87. — *1.* Aun cuando no concurran las condiciones 1ª y 2ª previstas en el artículo 81, el Juez o Tribunal, con audiencia de las partes, podrá acordar la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad no superiores a tres años de los penados que hubiesen cometido el hecho delictivo a causa de su

dependencia de las sustancias señaladas en el número 2º del artículo 20, siempre que se den las siguientes circunstancias:

1ª. Que se certifique suficientemente, por centro o servicio público o privado debidamente acreditado u omologado, que el condenado se encuentra deshabituado o sometido a tratamiento para tal fin en el momento de decidir sobre la suspensión.

2ª. Que no se trate de reos habituales.

2. En el supuesto de que el condenado sea reincidente, el Juez o Tribunal valorará, por resolución motivada, la oportunidad de conceder o no el beneficio de la suspensión de la ejecución de la pena, atendidas las circunstancias del hecho y del autor.

3. La suspensión de la ejecución de la pena quedará siempre condicionada a que el reo no delinca en el período que se señale, que será de tres a cinco años.

4. En el caso de que el condenado se halle sometido a tratamiento de deshabituación, también se condicionará la suspensión de la ejecución de la pena a que no abandone el tratamiento hasta su finalización. Los centros o servicios responsables del tratamiento estarán obligados a facilitar al Juez o Tribunal sentenciador, en los plazos que señale, la información precisa para comprobar el comienzo de aquél, así como para conocer periódicamente su evolución, las modificaciones que haya de experimentar así como su finalización.

5. El Juez o Tribunal revocará la suspensión de la ejecución de la pena si el penado incumpliere cualquiera de las condiciones establecidas.

Transcurrido el plazo de suspensión sin haber delinquido el sujeto, el Juez o Tribunal acordará la remisión de la pena si se ha acreditado la deshabituación o la continuidad del tratamiento del reo. De lo contrario, ordenará su cumplimiento, salvo que, oídos los informes correspondientes, estime necesaria la continuación del tratamiento; en tal caso podrá conceder razonadamente una prórroga del plazo de suspensión por tiempo no superior a dos años.

Sección 2ª. De la sustitución de las penas privativas de libertad

Art. 88. — *1.* Los Jueces o Tribunales podrán sustituir, previa audiencia de las partes, en la misma sentencia, o posteriormente en auto motivado, antes de dar inicio a su ejecución, las penas de prisión que no excedan de un año por arresto de fin de semana o multa, aunque la Ley no prevea estas penas para el delito de que se trate, cuando las circunstancias personales del reo, la naturaleza del hecho, su conducta y, en particular, el esfuerzo para reparar el daño causado así lo aconsejen, siempre que no se trate de reos habituales. Cada semana de prisión será sustituida por dos arrestos de fin de semana; y cada día de prisión será sustituido por dos cuotas de multa. En estos casos el Juez o Tribunal podrá además imponer al penado la observancia de una o varias de las obligaciones o deberes previstos en el artículo 83 de este Código.

Excepcionalmente podrán los Jueces o Tribunales sustituir las penas de prisión que no excedan de dos años a los reos no habituales cuando de las circunstancias del hecho y del culpable se infiera que el cumplimiento de aquéllas habría de frustrar sus fines de prevención y reinserción social. En estos casos, la sustitución se llevará a cabo con los mismos requisitos y en los mismos términos y módulos de conversión establecidos en el párrafo anterior.

2. También podrán los Jueces y Tribunales, previa conformidad del reo, sustituir las penas de arresto de fines de semana por multa o trabajos en beneficio de la comunidad. En este caso, cada arresto de fin de semana será sustituido por cuatro cuotas de multa o dos jornadas de trabajo.

3. En el suspuesto de quebrantamiento o incumplimiento en todo o en parte de la pena sustitutiva, la pena de prisión o de arresto de fin de semana inicialmente impuesta se ejecutará descontando, en su caso, la parte de tiempo que se haya cumplido, de acuedo con las reglas de conversión respectivamente establecidas en los apartados precedentes.

4. En ningún caso se podrán sustituir penas que sean sustitutivas de otras.

Art. 89. — *1.* Las penas privativas de libertad inferiores a seis años impuestas a un extranjero no residente legalmente en España podrán ser sustituidas por su expulsión del territorio nacional. Igualmente, los Jueces o Tribunales, a instancia del Ministerio Fiscal, podrán acordar la expulsión del territorio nacional del extranjero condenado a pena de prisión igual o superior a seis años, siempre que haya cumplido las tres cuartas partes de la condena. En ambos casos será necesario oír previamente al penado.

2. El extranjero no podrá regresar a España en un plazo de tres a diez años contados desde la fecha de su expulsión, atendida la duración de la pena impuesta. Si regresare antes de dicho término, cumplirá las penas que le hayan sido sustituidas.

3. No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, el extranjero que intentara quebrantar una decisión judicial de expulsión con prohibición expresa de regresar al territorio español y fuese sorprendido en la frontera, será expulsado por la autoridad gubernativa.

Sección 3ª. De la libertad condicional

Art. 90. — *1.* Se establece la libertad condicional en las penas privativas de libertad para aquellos sentenciados en quienes concurran las circunstancias siguientes:

1ª. Que se encuentren en el tercer grado de tratamiento penitenciario.

2ª. Que hayan extinguido las tres cuartas partes de la condena impuesta.

3ª. Que hayan observado buena conducta, y exista respecto de los mismos un pronóstico individualizado y favorable de reinserción social,

emitido por los expertos que el Juez de Vigilancia estime convenientes.

2. El Juez de Vigilancia, al decretar la libertad condicional de los penados, podrá imponerles la observancia de una o varias de las reglas de conducta previstas en el artículo 105 del presente Código.

Art. 91. — Excepcionalmente, cumplidas las circunstancias 1ª y 3ª del apartado 1 del artículo anterior, el Juez de Vigilancia Penitenciaria podrá conceder la libertad condicional a los sentenciados a penas privativas de libertad que hayan extinguido las dos terceras partes de su condena, siempre que merezcan dicho beneficio por haber desarrollado continuadamente actividades laborales, culturales u ocupacionales.

Art. 92. — No obstante lo dispuesto en los artículos anteriores, los sentenciados que hubieran cumplido la edad de setenta años, o la cumplan durante la extinción de la condena, y reúnan los requisitos establecidos, excepto el haber extinguido las tres cuartas partes de aquélla, o, en su caso, las dos terceras podrán obtener la concesión de la libertad condicional.

El mismo criterio se aplicará cuando, según informe médico, se trate de enfermos muy graves, con padecimientos incurables.

Art. 93. — El período de libertad condicional durará todo el tiempo que le falte al sujeto para cumplir su condena. Si en dicho período el reo delinquiere o inobservare las reglas de conducta impuestas, el Juez de Vigilancia Penitenciaria revocará la libertad concedida, y el penado reingresará en prisión en el período o grado penitenciario que corresponda, sin perjuicio del cómputo del tiempo pasado en libertad condicional.

Sección 4ª. Disposiciones comunes

Art. 94. — A los efectos previstos en las secciones 1ª y 2ª de este capítulo se consideran reos habituales los que hubieren cometido tres o más delitos de los comprendidos en un mismo capítulo, en un plazo no superior a cinco años, y hayan sido condenados por ello.

Título Cuarto
DE LAS MEDIDAS DE SEGURIDAD

Capítulo Primero
DE LAS MEDIDAS DE SEGURIDAD EN GENERAL

Art. 95. — *1.* Las medidas de seguridad se aplicarán por el Juez o Tribunal, previos los informes que estime convenientes, a las personas que se en-

cuentren en los supuestos previstos en el capítulo siguiente de este Código, siempre que concurran estas circunstancias:

1ª. Que el sujeto haya cometido un hecho previsto como delito.

2ª. Que del hecho y de las circunstancias personales del sujeto pueda deducirse un pronóstico de comportamiento futuro que revele la probabilidad de comisión de nuevos delitos.

2. Cuando la pena que hubiere podido imponerse por el delito cometido no fuere privativa de libertad, el Juez o Tribunal sentenciador sólo podrá acordar alguna o algunas de las medidas previstas en el artículo 105.

Art. 96. — *1.* Las medidas de seguridad que se pueden imponer con arreglo a este Código son privativas y no privativas de libertad.

2. Son medidas privativas de libertad:

1ª. El internamiento en centro psiquiátrico.

2ª. El internamiento en centro de deshabituación.

3ª. El internamiento en centro educativo especial.

3. Son medidas no privativas de libertad:

1ª. La prohibición de estancia y residencia en determinados lugares.

2ª. La privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores.

3ª. La privación de licencia o del permiso de armas.

4ª. La inhabilitación profesional.

5ª. La expulsión del territorio nacional, de extranjeros no residentes legalmente en España.

6ª. Las demás previstas en el artículo 105 de este Código.

Art. 97. — Durante la ejecución de la sentencia, el Juez o Tribunal sentenciador podrá, mediante un procedimiento contradictorio, previa propuesta del Juez de Vigilancia Penitenciaria:

a) Decretar el cese de cualquier medida de seguridad impuesta en cuanto desaparezca la peligrosidad criminal del sujeto.

b) Sustituir una medida de seguridad por otra que estime más adecuada, entre las previstas para el supuesto de que se trate. En el caso de que fuera acordada la sustitución y el sujeto evolucionara desfavorablemente, se dejará tal medida sin efecto.

c) Dejar en suspenso la ejecución de la medida en atención al resultado ya obtenido con su aplicación, por un plazo no superior al que reste hasta el máximo señalado en la setencia que lo impuso. La suspensión quedará condicionada a que el sujeto no delinca durante el plazo fijado, y podrá dejarse sin efecto si nuevamente resultara acreditada cualquiera de las circunstancias previstas en el artículo 95 de este Código.

A estos efectos el Juez de Vigilancia Penitenciaria estará obligado a elevar al menos anualmente una propuesta de mantenimiento, cese, sustitución o suspensión de la medida de seguridad privativa de libertad impuesta.

Art. 98. — Para formular la propuesta a que se refiere el artículo anterior el Juez de Vigilancia Penitenciaria deberá valorar los informes emitidos por los facultativos y profesionales que asistan al sometido a medida de seguridad, y, en su caso, el resultado de las demás actuaciones que a este fin ordene.

Art. 99. — En el caso de concurrencia de penas y medidas de seguridad privativas de libertad, el Juez o Tribunal ordenará el cumplimiento de la medida, que se abonará para el de la pena. Una vez alzada la medida de seguridad, el Juez o Tribunal podrá, si con la ejecución de la pena se pusieran en peligro los efectos conseguidos a través de aquélla, suspender el cumplimiento del resto de la pena por un plazo no superior a la duración de la misma, o aplicar alguna de las medidas previstas en el artículo 105.

Art. 100. — *1.* El quebrantamiento de una medida de seguridad de internamiento dará lugar al reingreso del sujeto en el mismo centro del que se hubiese evadido o en otro que corresponda a su estado, sin perjuicio de deducir testimonio por el quebrantamiento de la medida en los casos de los sometidos a ella en virtud del artículo 104 de este Código.

2. Si se tratare de otras medidas, el Juez o Tribunal podrá acordar la sustitución de la quebrantada por la de internamiento si ésta estuviese prevista para el supuesto de que se trate y si el quebrantamiento demostrase su necesidad.

Capítulo Segundo
DE LA APLICACION DE LAS MEDIDAS DE SEGURIDAD

Sección 1ª. De las medidas privativas de libertad

Art. 101. — *1.* Al sujeto que sea declarado exento de responsabilidad criminal conforme al número 1º del artículo 20, se le podrá aplicar, si fuere necesaria, la medida de internamiento para tratamiento médico o educación especial en un establecimiento adecuado al tipo de anomalía o alteración psíquica que se aprecie, o cualquiera otra de las medidas previstas en el apartado 3 del artículo 96. El internamiento no podrá exceder del tiempo que habría durado la pena privativa de libertad, si hubiera sido declarado responsable el sujeto, y a tal efecto el Juez o Tribunal fijará en la sentencia ese límite máximo.

2. El sometido a esta medida no podrá abandonar el establecimiento sin autorización del Juez o Tribunal sentenciador, de conformidad con lo previsto en el artículo 97 de este Código.

Art. 102. — *1.* A los exentos de responsabilidad penal conforme al número 2º del artículo 20 se les aplicará, si fuere necesaria, la medida de internamiento en centro de deshabituación público, o privado debidamente acreditado u homologado, o cualquiera otra de las medidas previstas en el apartado 3 del artículo 96. El internamiento no podrá exceder del tiempo que habría durado la pe-

na privativa de libertad, si el sujeto hubiere sido declarado responsable, y a tal efecto el Juez o Tribunal fijará ese límite máximo en la sentencia.

2. El sometido a esta medida no podrá abandonar el establecimento sin autorización del Juez o Tribunal sentenciador de conformidad con lo previsto en el artículo 97 de este Código.

Art. 103. — *1.* A los que fueren declarados exentos de responsabilidad conforme al número 3° del artículo 20, se les podrá aplicar, si fuere necesaria, la medida de internamiento en un centro educativo especial o cualquiera otra de las medidas previstas en el apartado tercero del artículo 96. El internamiento no podrá exceder del tiempo que habría durado la pena privativa de libertad, si el sujeto hubiera sido declarado responsable y, a tal efecto, el Juez o Tribunal fijará en la sentencia ese límite máximo.

2. El sometido a esta medida no podrá abandonar el establecimiento sin autorización del Juez o Tribunal sentenciador de conformidad con lo previsto en el artículo 97 de este Código.

3. En este supuesto, la propuesta a que se refiere el artículo 97 de este Código deberá hacerse al terminar cada curso o grado de enseñanza.

Art. 104. — En los supuestos de eximente incompleta en relación con los números 1°, 2° y 3° del artículo 20, el Juez o Tribunal podrá imponer, además de la pena correspondiente, las medidas previstas en los artículos 101, 102 y 103. No obstante, la medida de internamiento sólo será aplicable cuando la pena impuesta sea privativa de libertad y su duración no podrá exceder de la de la pena prevista por el Código para el delito. Para su aplicación se observará lo dispuesto en el artículo 99.

Sección 2ª. De las medidas no privativas de libertad

Art. 105. — En los casos previstos en los artículos 101 a 104, el Juez o Tribunal podrá acordar razonadamente, desde un principio o durante la ejecución de la sentencia, la imposición de la observancia de una o varias de las siguientes medidas:

1. Por un tiempo no superior a cinco años:
   a) Sumisión a tratamiento externo en centros médicos o establecimientos de carácter socio-sanitario.
   b) Obligación de residir en un lugar determinado.
   c) Prohibición de residir en el lugar o territorio que se designe. En este caso, el sujeto quedará obligado a declarar el domicilio que elija y los cambios que se produzcan
   d) Prohibición de acudir a determinados lugares o visitar establecimientos de bebidas alcohólicas.
   e) Custodia familiar. El sometido a esta medida quedará sujeto al cuidado y vigilancia del familiar que se designe y que acepte la custodia,

quien la ejercerá en relación con el Juez de Vigilancia y sin menoscabo de las actividades escolares o laborales del custodiado.

f) Sometimiento a programas de tipo formativo, cultural, educativo, profesional, de educación sexual y otros similares.

2. Por un tiempo de hasta diez años:

a) La privación de la licencia o del permiso de armas.

b) La privación del derecho a la conducción de vehículos a motor y ciclomotores.

El Juez de Vigilancia Penitenciaria o los servicios correspondientes del Ministerio de Justicia e Interior o de la Administración Autonómica informarán al Juez o Tribunal sentenciador sobre el cumplimiento de estas medidas.

Art. 106. — En los casos previstos en el artículo anterior, el Juez o Tribunal sentenciador dispondrá que los servicios de asistencia social competentes presten la ayuda o atención que precise y legalmente le corresponda al sometido a medidas de seguridad no privativas de libertad.

Art. 107. — El Juez o Tribunal podrá decretar razonadamente la medida de inhabilitación para el ejercicio de determinado derecho, profesión, oficio, industria o comercio, cargo o empleo, por un tiempo de uno a cinco años, cuando el sujeto haya cometido con abuso de dicho ejercicio, o en relación con él, un hecho delictivo, y cuando de la valoración de las circunstancias concurrentes pueda deducirse el peligro de que vuelva a cometer el mismo delito u otros semejantes, siempre que no sea posible imponerle la pena correspondiente por encontrarse en alguna de las situaciones previstas en los nros. 1°, 2° y 3°, artículo 20.

Art. 108. — *1.* Si el sujeto fuere extranjero no residente legalmente en España, el Juez o Tribunal podrá acordar, previa audiencia de aquél, la expulsión del territorio nacional como sustitutiva de las medidas de seguridad privativas de libertad que le sean aplicables.

2. El sujeto a esta medida no podrá volver a entrar en España durante el plazo que se señale, sin que pueda exceder de diez años.

Título Quinto
DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL DERIVADA DE LOS DELITOS Y FALTAS DE LAS COSTAS PROCESALES

Capítulo Primero
DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL Y SU EXTENSION

Art. 109. — *1.* La ejecución de un hecho descrito por la Ley como delito o falta obliga a reparar, en los términos previstos en las Leyes, los daños y perjuicios por él causados.

2. El perjudicado podrá optar, en todo caso, por exigir la responsabilidad civil ante la Jurisdicción Civil.

Art. 110. — La responsabilidad establecida en el artículo anterior comprende:

1°. La restitución.

2°. La reparación del daño.

3°. La indemnización de perjuicios materiales y morales.

Art. 111. — *1.* Deberá restituirse, siempre que sea posible, el mismo bien, con abono de los deterioros y menoscabos que el Juez o Tribunal determinen. La restitución tendrá lugar aunque el bien se halle en poder de tercero y éste lo haya adquirido legalmente y de buena fe, dejando a salvo su derecho de repetición contra quien corresponda y, en su caso, el de ser indemnizado por el responsable civil del delito o falta.

2. Esta disposición no es aplicable cuando el tercero haya adquirido el bien en la forma y con los requisitos establecidos por las Leyes para hacerlo irreivindicable.

Art. 112. — La reparación del daño podrá consistir en obligaciones de dar, de hacer o de no hacer que el Juez o Tribunal establecerá atendiendo a la naturaleza de aquél y a las condiciones personales y patrimoniales del culpable, determinando si han de ser cumplidas por él mismo o pueden ser ejecutadas a su costa.

Art. 113. — La indemnización de perjuicios materiales y morales comprenderá no sólo los que se hubieren causado al agraviado, sino también los que se hubieren irrogado a sus familiares o a terceros.

Art. 114. — Si la víctima hubiere contribuido con su conducta a la producción del daño o perjuicio sufrido, los Jueces o Tribunales podrán moderar el importe de su reparación o indemnización.

Art. 115. — Los Jueces y Tribunales, al declarar la existencia de responsabilidad civil, establecerán razonadamente, en sus resoluciones las bases en que fundamenten la cuantía de los daños e indemnizaciones, pudiendo fijarla en la propia resolución o en el momento de su ejecución.

Capítulo Segundo
DE LAS PERSONAS CIVILMENTE RESPONSABLES

Art. 116. — *1.* Toda persona criminalmente responsable de un delito o falta lo es también civilmente si del hecho se derivaren daños o perjuicios. Si son

dos o más los responsables de un delito o falta los Jueces o Tribunales señalarán la cuota de que deba responder cada uno.

2. Los autores y los cómplices, cada uno dentro de su respectiva clase, serán responsables solidariamente entre sí por sus cuotas, y subsidiariamente por las correspondientes a los demás responsables.

La responsabilidad subsidiaria se hará efectiva: primero, en los bienes de los autores, y después, en los de los cómplices.

Tanto en los casos en que se haga efectiva la responsabilidad solidaria como la subsidiaria, quedará a salvo la repetición del que hubiere pagado contra los demás por las cuotas correspondientes a cada uno.

Art. 117. — Los aseguradores que hubieren asumido el riesgo de las responsabilidades pecuniarias derivadas del uso o explotación de cualquier bien, empresa, industria o actividad, cuando, como consecuencia de un hecho previsto en este Código, se produzca el evento que determine el riesgo asegurado, serán responsables civiles directos hasta el límite de la indemnización legalmente establecida o convencionalmente pactada, sin perjuicio del derecho de repetición contra quien corresponda.

Art. 118. — *1.* La exención de la responsabilidad criminal declarada en los números 1°, 2°, 3°, 5° y 6° del artículo 20, no comprende la de la responsabilidad civil, que se hará efectiva conforme a las reglas siguientes:

1ª. En los casos de los números 1° y 3°, son también responsables por los hechos que ejecuten los declarados exentos de responsabilidad penal quienes los tengan bajo su potestad o guarda legal o de hecho, siempre que haya mediado culpa o negligencia por su parte y sin perjuicio de la responsabilidad civil directa que pudiera corresponder a los imputables.

Los Jueces o Tribunales graduarán de forma equitativa la medida en que deba responder con sus bienes cada uno de dichos sujetos.

2ª. Son igualmente responsables el ebrio y el intoxicado en el supuesto del número 2°.

3ª. En el caso del número 5° serán responsables civiles directos las personas en cuyo favor se haya precavido el mal, en proporción al perjuicio que se les haya evitado, si fuera estimable o, en otro caso, en la que el Juez o Tribunal establezca según su prudente arbitrio.

Cuando las cuotas de que deba responder el interesado no sean equitativamente asignables por el Juez o Tribunal, ni siquiera por aproximación, o cuando la responsabilidad se extienda a las Administraciones Públicas o a la mayor parte de una población y, en todo caso, siempre que el daño se haya causado con asentimiento de la autoridad o de sus agentes, se acordará, en su caso, la indemnización en la forma que establezcan las leyes y reglamentos especiales.

4ª. En el caso del nº 6º, responderán principalmente los que hayan causado el miedo, y en defecto de ellos, los que hayan ejecutado el hecho.

2. En el caso del art. 14, serán responsables civiles los autores del hecho.

Art. 119. — En todos los supuestos del artículo anterior, el Juez o Tribunal que dicte sentencia absolutoria por estimar la concurrencia de alguna de las causas de excención citadas, procederá a fijar las responsabilidades civiles salvo que se haya hecho expresa reserva de las acciones para reclamarlas en la vía que corresponda.

Art. 120. — Son también responsables civilmente, en defecto de los que lo sean criminalmente:

1º. Los padres o tutores, por los daños y perjuicios causados por los delitos o faltas cometidos por los mayores de dieciocho años sujetos a su patria potestad o tutela y que vivan en su compañía, siempre que haya por su parte culpa o negligencia.

2º. Las personas naturales o jurídicas titulares de editoriales, periódicos, revistas, estaciones de radio o televisión o de cualquier otro medio de difusión escrita, hablada o visual, por los delitos o faltas cometidos utilizando los medios de los que sean titulares, dejando a salvo lo dispuesto en el artículo 212 de este Código.

3º. Las personas naturales o jurídicas, en los casos de delitos o faltas cometidos en los establecimientos de los que sean titulares, cuando por parte de los que los dirijan o administren, o de sus dependientes o empleados, se hayan infringido los reglamentos de policía o las disposiciones de la autoridad que estén relacionados con el hecho punible cometido, de modo que éste no se hubiera producido sin dicha infracción.

4º. Las personas naturales o jurídicas dedicadas a cualquier género de industria o comercio, por los delitos o faltas que hayan cometido sus empleados o dependientes, representantes o gestores en el desempeño de sus obligaciones o servicios.

5º. Las personas naturales o jurídicas titulares de vehículos susceptibles de crear riesgos para terceros, por los delitos o faltas cometidos en la utilización de aquéllos por sus dependientes o representantes o personas autorizadas.

Art. 121. — El Estado, la Comunidad Autónoma, la provincia, la isla, el municipio y demás entes públicos, según los casos, responden subsidiariamente de los daños causados por los penalmente responsables de los delitos dolosos o culposos, cuando éstos sean autoridad, agentes y contratados de la misma o funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos o funciones siempre que la lesión sea consecuencia directa del funcionamiento de los servicios públicos que les estuvieren confiados, sin perjuicio de la responsabilidad patrimonial derivada del funcionamiento normal o anormal de dichos servicios exigible confor-

me a las normas de procedimiento administrativo, y sin que, en ningún caso, pueda darse una duplicidad indemnizatoria. Si se exigiera en el proceso penal la responsabilidad civil de la autoridad, agentes y contratados de la misma o funcionarios públicos, la pretensión deberá dirigirse simultáneamente contra la Administración o ente público presuntamente responsable civil subsidiario.

Art. 122. — El que por título lucrativo hubiere participado de los efectos de un delito o falta, está obligado a la restitución de la cosa o al resarcimiento del daño hasta la cuantía de su participación.

Capítulo Tercero
DE LAS COSTAS PROCESALES

Art. 123. — Las costas procesales se entienden impuestas por la Ley a los criminalmente responsables de todo delito o falta.

Art. 124. — Las costas comprenderán los derechos e indemnizaciones ocasionados en las actuaciones judiciales e incluirán siempre los honorarios de la acusación particular en los delitos sólo perseguibles a instancia de parte.

Capítulo Cuarto
DEL CUMPLIMIENTO DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL Y DEMAS RESPONSABILIDADES PECUNIARIAS

Art. 125. — Cuando los bienes del responsable civil no sean bastantes para satisfacer de una vez todas las responsabilidades pecuniarias, el Juez o Tribunal, previa audiencia al perjudicado, podrá fraccionar su pago, señalando, según su prudente arbitrio y en atención a las necesidades del perjudicado y a las posibilidades económicas del responsable, el período e importe de los plazos.

Art. 126. — *1.* Los pagos que se efectúen por el penado o el responsable civil subsidiario se imputarán por el orden siguiente:

1°. A la reparación del daño causado e indemnización de los perjuicios.
2°. A la indemnización al Estado por el importe de los gastos que se hubieran hecho por su cuenta en la causa.
3°. A las costas del acusador particular o privado cuando se impusiere en la sentencia su pago.
4°. A las demás costas procesales, incluso las de la defensa del procesado, sin preferencia entre los interesados.
5°. A la multa.

2. Cuando el delito hubiere sido de los que sólo pueden perseguirse a instancia de parte, se satisfarán las costas del acusador privado con preferencia a la indemnización del Estado.

Título Sexto
DE LAS CONSECUENCIAS ACCESORIAS

Art. 127. — Toda pena que se imponga por un delito o falta dolosos llevará consigo la pérdida de los efectos que de ellos provengan y de los instrumentos con que se haya ejecutado, así como las ganancias provenientes del delito, cualesquiera que sean las transformaciones que hubieren podido experimentar. Los unos y las otras serán decomisados, a no ser que pertenezcan a un tercero de buena fe no responsable del delito que los haya adquirido legalmente. Los que se decomisan se venderán si son de lícito comercio, aplicándose su producto a cubrir las responsabilidades civiles del penado y, si no lo son, se les dará el destino que se disponga reglamentariamente y, en su defecto, se inutilizarán.

Art. 128. — Cuando los referidos efectos e instrumentos sean de lícito comercio y su valor no guarde proporción con la naturaleza o gravedad de la infracción penal, o se hayan satisfecho completamente las responsabilidades civiles, podrá el Juez o Tribunal no decretar el decomiso, o decretarlo parcialmente.

Art. 129. — *1.* El Juez o Tribunal, en los supuestos previstos en este Código, y previa audiencia de los titulares o de sus representantes legales, podrá imponer, motivadamente, las siguientes consecuencias:

a) Clausura de la empresa, sus locales o establecimientos, con carácter temporal o definitivo. La clausura temporal no podrá exceder de cinco años.

b) Disolución de la sociedad, asociación o fundación.

c) Suspensión de las actividades de la sociedad, empresa, fundación o asociación por un plazo que no podrá exceder de cinco años.

d) Prohibición de realizar en el futuro actividades, operaciones mercantiles o negocios de la clase de aquellos en cuyo ejercicio se haya cometido, favorecido o encubierto el delito. Esta prohibición podrá tener carácter temporal o definitivo. Si tuviere carácter temporal, el plazo de prohibición no podrá exceder de cinco años.

e) La intervención de la empresa para salvaguardar los derechos de los trabajadores o de los acreedores por el tiempo necesario sin que exceda de un plazo máximo de cinco años.

2. La clausura temporal prevista en el subapartado a) y la suspensión señalada en el subapartado c) del apartado anterior, podrán ser acordadas por el Juez Instructor también durante la tramitación de la causa.

3. Las consecuencias accesorias previstas en este artículo estarán orientadas a prevenir la continuidad en la actividad delictiva y los efectos de la misma.

Título Séptimo
DE LA EXTINCION DE LA RESPONSABILIDAD CRIMINAL Y SUS EFECTOS

Capítulo Primero
DE LAS CAUSAS QUE EXTINGUEN LA RESPONSABILIDAD CRIMINAL

Art. 130. — La responsabilidad criminal se extingue:

1°. Por la muerte del reo.

2°. Por el cumplimiento de la condena.

3°. Por el indulto.

4°. Por el perdón del ofendido, cuando la Ley así lo prevea. El perdón habrá de ser otorgado de forma expresa antes de que se haya iniciado la ejecución de la pena impuesta. A tal efecto, declarada la firmeza de la sentencia, el Juez o Tribunal sentenciador oirá al ofendido por el delito antes de ordenar la ejecución de la pena.

En los delitos o faltas contra menores o incapacitados, los Jueces o Tribunales, oído el Ministerio Fiscal, podrán rechazar la eficacia del perdón otorgado por los representantes de aquéllos, ordenando la continuación del procedimiento, con intervención del Ministerio Fiscal, o el cumplimiento de la condena.

Para rechazar el perdón a que se refiere el párrafo anterior, el Juez o Tribunal deberá oír nuevamente al representante del menor o incapaz.

5°. Por la prescripción del delito.

6°. Por la prescripción de la pena.

Art. 131. — *1.* Los delitos prescriben: A los *veinte años*, cuando la pena máxima señalada al delito sea prisión de quince o más años. A los *quince*, cuando la pena máxima señalada por la Ley sea inhabilitación por más de diez años, o prisión por más de diez y menos de quince años. A los *diez*, cuando la pena máxima señalada por la Ley sea inhabilitación por más de seis años y menos de diez, o prisión por más de cinco y menos de diez años. A los *cinco*, los restantes delitos graves. A los tres, los delitos menos graves. Los delitos de calumnia e injuria prescriben al año.

2. Las faltas prescriben a los seis meses.

3. Cuando la pena señalada por la Ley fuere compuesta, se estará, para la aplicación de las reglas comprendidas en este artículo, a la que exija mayor tiempo para la prescripción.

4. El delito de genocidio no prescribirá en ningún caso.

Art. 132. — *1.* Los términos previstos en el artículo precedente se computarán desde el día en que se haya cometido la infracción punible. En los casos de delito continuado y delito permanente, tales términos se computarán respectivamente, desde el día en que se realizó la última infracción y desde que se eliminó la situación ilícita.

2. La prescripción se interrumpirá, quedando sin efecto el tiempo transcurrido, cuando el procedimiento se dirija contra el culpable, comenzando a correr de nuevo el término de la prescripción desde que se paralice el procedimiento o se termine sin condena.

Art. 133. — *1.* Las penas impuestas por sentencia firme prescriben: A los *veinticinco años*, las de prisión de quince o más años. A los *veinte*, las de inhabilitación por más de diez años y las de prisión por más de diez y menos de quince. A los *quince*, las de inhabilitación por más de seis y menos de diez años y las de prisión por más de cinco y menos de diez años. A los *diez*, las restantes penas graves. A los *cinco*, las penas menos graves. Al *año*, las penas leves.

2. Las penas impuestas por delito de genocidio no prescribirán en ningún caso.

Art. 134. — El tiempo de la prescripción de la pena se computará desde la fecha de la sentencia firme, o desde el quebrantamiento de la condena, si ésta hubiese comenzado a cumplirse.

Art. 135. — *1.* Las medidas de seguridad prescribirán a los diez años, si fueran privativas de libertad superiores a tres años, y a los cinco años si fueran privativas de libertad iguales o inferiores a tres años o tuvieran otro contenido.

2. El tiempo de la prescripción se computará desde el día en que haya quedado firme la resolución en la que se impuso la medida o, en caso de cumplimiento sucesivo, desde que debió empezar a cumplirse.

3. Si el cumplimiento de una medida de seguridad fuere posterior al de una pena, el plazo se computará desde la extinción de ésta.

Capítulo Segundo
DE LA CANCELACION DE ANTECEDENTES DELICTIVOS

Art. 136. — *1.* Los condenados que hayan extinguido su responsabilidad penal tienen derecho a obtener del Ministerio de Justicia e Interior, de oficio o a instancia de parte, la cancelación de sus antecedentes penales, previo informe del Juez o Tribunal sentenciador.

2. Para el reconocimiento de este derecho serán requisitos indispensables.

1º. Tener satisfechas las responsabilidades civiles provenientes de la infracción, excepto en los supuestos de insolvencia declarada por el Juez o Tribunal sentenciador, salvo que el reo hubiera venido a mejor fortuna.

No obstante lo dispuesto en el párrafo anterior, en el caso previsto en el artículo 125 será suficiente que el reo se halle al corriente de los pagos fraccionados que le hubieran sido señalados por el Juez o Tribu-

nal y preste, a juicio de éste, garantía suficiente con respecto a la cantidad aplazada.

2º. Haber transcurrido, sin delinquir de nuevo, los siguientes plazos: seis meses para las penas leves; dos años para las penas que no excedan de doce meses y las impuestas por delitos imprudentes; tres años para las restantes penas menos graves; y cinco para las penas graves.

3. Estos plazos se contarán desde el día siguiente al que quedara extinguida la pena, incluido el supuesto de que sea revocada la condena condicional.

4. Las inscripciones de antecedentes penales en las distintas Secciones del Registro Central de Penados y Rebeldes no serán públicas. Durante su vigencia sólo se emitirán certificaciones con las limitaciones y garantías previstas en sus normas específicas y en los casos establecidos por la Ley. En todo caso, se librarán las que soliciten los Jueces o Tribunales, se refieran o no a inscripciones canceladas, haciendo constar expresamente, si se da, esta última circunstancia.

5. En los casos en que, a pesar de cumplirse los requisitos establecidos en este artículo para la cancelación, bien por solicitud del interesado, bien de oficio por el Ministerio de Justicia e Interior, ésta no se haya producido, el Juez o Tribunal, acreditadas tales circunstancias, ordenará la cancelación y no tendrá en cuenta dichos antecedentes.

Art. 137. — Las anotaciones de las medidas de seguridad impuestas conforme a lo dispuesto en este Código o en otras leyes penales serán canceladas una vez cumplida o prescrita la respectiva medida; mientras tanto, sólo figurarán en las certificaciones que el Registro expida con destino a Jueces o Tribunales o autoridades administrativas, en los casos establecidos por la Ley.

—B—

Ley Orgánica del Poder Judicial 6/1985, del 1 de julio

BOE nº 157, de 2 de julio, corrección de errores en BOE nº 264, de 4 de noviembre

LIBRO PRIMERO

DE LA EXTENSION Y LIMITES DE LA JURISDICCION Y DE LA PLANTA Y ORGANIZACION DE LOS JUZGADOS Y TRIBUNALES

Título Primero

DE LA EXTENSION Y LIMITES DE LA JURISDICCION

.....

Art. 23. — *1.* En el orden penal corresponderá a la jurisdicción española el conocimiento de las causas por delitos y faltas cometidos en territorio español

o cometidos a bordo de buques o aeronaves españolas, sin perjuicio de lo previsto en los tratados internacionales en los que España sea parte.

2. Asimismo conocerá de los hechos previstos en las leyes penales españolas como delitos, aunque hayan sido cometidos fuera del territorio nacional, siempre que los criminalmente responsables fueren españoles o extranjeros que hubieren adquirido la nacionalidad española con posterioridad a la comisión del hecho y concurrieren los siguientes requisitos:

a) Que el hecho sea punible en el lugar de ejecución.

b) Que el agraviado o el Ministerio Fiscal denuncien o interpongan querella ante los Tribunales españoles.

c) Que el delincuente no haya sido absuelto, indultado o penado en el extranjero, o, en este último caso, no haya cumplido la condena. Si sólo la hubiere cumplido en parte, se le tendrá en cuenta para rebajarle proporcionalmente la que le corresponda.

3. Conocerá la jurisdicción española de los hechos cometidos por españoles o extranjeros fuera del territorio nacional cuando sean susceptibles de tipificarse, según la ley penal española, como alguno de los siguientes delitos:

a) De traición y contra la paz o la independencia del Estado.

b) Contra el titular de la Corona, su Consorte, su Sucesor o el Regente.

c) Rebelión y sedición.

d) Falsificación de la firma o estampilla reales, del sello del Estado, de las firmas de los Ministros y de los sellos públicos u oficiales.

e) Falsificación de moneda española y su expedición.

f) Cualquier otra falsificación que perjudique directamente al crédito o intereses del Estado, e introducción o expedición de lo falsificado.

g) Atentado contra autoridades o funcionarios públicos españoles.

h) Los perpetrados en el ejercicio de sus funciones por funcionarios públicos españoles residentes en el extranjero y los delitos contra la Administración Pública española.

i) Los relativos al control de cambios.

4. Igualmente, será competente la jurisdicción española para conocer de los hechos cometidos por españoles o extranjeros fuera del territorio nacional susceptible de tipificarse, según la ley penal española, como alguno de los siguientes delitos:

a) Genocidio.

b) Terrorismo.

c) Piratería y apoderamiento ilícito de aeronaves.

d) Falsificación de moneda extranjera.

e) Los relativos a la prostitución.

f) Tráfico ilegal de drogas psicotrópicas, tóxicas y estupefacientes.

g) Y cualquier otro que, según los tratados y convenios internacionales, deba ser perseguido en España.

5. En los supuestos de los apartados *3* y *4* será de aplicación lo dispuesto en la letra *c*) del apartado *2* de este artículo.

—C—

Ley de Enjuiciamiento Criminal

Del 14 de septiembre de 1882, puesta al día conforme a las reformas operadas por la Ley 10/1992, del 30 de abril; por la Ley Orgánica 8/1992, del 23 de diciembre, por la Ley 21/1994, del 6 de julio; por la Ley Orgánica 2/1995, del 22 de mayo y por la ley 1/1996, del 10 de enero

.....

Art. 104 (*). — Las acciones penales que nacen de los delitos de estupro, calumnia e injuria, tampoco podrán ser ejercitadas por otras personas, ni en manera distinta que las prescritas en los respectivos artículos del Código Penal.

Las faltas consistentes en el anuncio por medio de la imprenta de hechos falsos o relativos a la vida privada con el que se perjudique u ofenda a particulares, en malos tratamientos inferidos por los maridos a sus mujeres, en desobediencia o malos tratos de éstas para con aquéllos, en faltas de respeto y sumisión de los hijos respecto de sus padres, o de los pupilos respecto de sus tutores y en injurias leves, sólo podrán ser perseguidas por los ofendidos o por sus legítimos representantes.

—D—

Texto de la Parte General del Código Penal argentino

LIBRO PRIMERO

DISPOSICIONES GENERALES

Título Primero

APLICACION DE LA LEY PENAL

Artículo 1º. — Este Código se aplicará:

1. Por delitos cometidos o cuyos efectos deban producirse en el territorio de la Nación Argentina, o en los lugares sometidos a su jurisdicción.

2. Por delitos cometidos en el extranjero por agentes o empleados de autoridades argentinas en desempeño de su cargo.

(*) Cfr. arts. 162.2, 191, 201, 215, 228, 267, 287, 296, 620, 621 y 624 del Código Penal español.

Art. 2º. — Si la ley vigente al tiempo de cometerse el delito fuere distinta de la que exista al pronunciarse el fallo o en el tiempo intermedio, se aplicará siempre la más benigna. Si durante la condena se dictare una ley más benigna, la pena se limitará a la establecida por esa ley. En todos los casos del presente artículo, los efectos de la nueva ley se operarán de pleno derecho.

Art. 3º. — En el cómputo de la prisión preventiva se observará separadamente la ley más favorable al procesado.

Art. 4º. — Las disposiciones generales del presente Código se aplicarán a todos los delitos previstos por leyes especiales, en cuanto éstas no dispusieran lo contrario.

Título Segundo
DE LAS PENAS

Art. 5º. *[TEXTO LEGAL VIGENTE POR LEY 23.077, ART. 1].* — Las penas que este Código establece son las siguientes: reclusión, prisión, multa e inhabilitación.

Art. 6º. — La pena de reclusión, perpetua o temporal, se cumplirá con trabajo obligatorio en los establecimientos destinados al efecto. Los recluidos podrán ser empleados en obras públicas de cualquier clase con tal que no fueren contratadas por particulares.

Art. 7º. — Los hombres débiles o enfermos y los mayores de sesenta años que merecieren reclusión, sufrirán la condena en prisión, no debiendo ser sometidos sino a la clase de trabajo especial que determine la dirección del establecimiento.

Art. 8º. *[SEGUN LEY 11.221, DE FE DE ERRATAS].* — Los menores de edad y las mujeres sufrirán las condenas en establecimientos especiales.

Art. 9º. — La pena de prisión, perpetua o temporal, se cumplirá con trabajo obligatorio, en establecimientos distintos de los destinados a los recluidos.

Art. 10. — Cuando la prisión no excediera de 6 meses podrán ser detenidas en sus propias casas las mujeres honestas y las personas mayores de 60 años o valetudinarias.

Art. 11. — El producto del trabajo del condenado a reclusión o prisión se aplicará simultáneamente:

1. A indemnizar los daños y perjuicios causados por el delito que no satisficiera con otros recursos.
2. A la prestación de alimentos según el Código Civil.

3. A costear los gastos que causare en el establecimiento.
4. A formar un fondo propio, que se le entregará a su salida.

Art. 12. — La reclusión y la prisión por más de 3 años llevan como inherente la inhabilitación absoluta, por el tiempo de la condena, la que podrá durar hasta 3 años más, si así lo resuelve el tribunal, de acuerdo con la índole del delito. Importan además la privación, mientras dure la pena, de la patria potestad, de la administración de los bienes y del derecho de disponer de ellos por actos entre vivos. El penado quedará sujeto a la curatela establecida por el Código Civil para los incapaces.

Art. 13. *[SEGUN LEY 11.221, DE FE DE ERRATAS].* — El condenado a reclusión o prisión perpetua que hubiere cumplido 20 años de condena, el condenado a reclusión temporal o a prisión por más de 3 años que hubiere cumplido los dos tercios de su condena y el condenado a reclusión o prisión, por 3 años o menos, que por lo menos hubiese cumplido 1 año de reclusión u 8 meses de prisión, observando con regularidad los reglamentos carcelarios, podrán obtener la libertad por resolución judicial previo informe de la dirección del establecimiento bajo las siguientes condiciones:

1. Residir en el lugar que determine el auto de soltura.
2. Observar las reglas de inspección que fije el mismo auto, especialmente la obligación de abstenerse de bebidas alcohólicas.
3. Adoptar en el plazo que el auto determine, oficio, arte, industria o profesión, si no tuviere medios propios de subsistencia.
4. No cometer nuevos delitos.
5. Someterse al cuidado de un patronato, indicado por las autoridades competentes.

Estas condiciones regirán hasta el vencimiento de los términos de las penas temporales y en las perpetuas hasta 5 años más, a contar desde el día de la libertad condicional.

Art. 14. — La libertad condicional no se concederá a los reincidentes.

Art. 15. — La libertad condicional será revocada cuando el penado cometiere un nuevo delito o violare la obligación de residencia. En estos casos no se computará, en el término de la pena, el tiempo que haya durado la libertad. En los casos de los *incs. 2, 3 y 5 del art. 13*, el tribunal podrá disponer que no se compute en el término de la condena todo o parte del tiempo que hubiere durado la libertad, hasta que el condenado cumpliese lo dispuesto en dichos incisos.

Art. 16. — Transcurrido el término de la condena, o el plazo de cinco años señalado en el *art. 13* sin que la libertad condicional haya sido revocada, la pena quedará extinguida, lo mismo que la inhabilitación absoluta del *art. 12*.

Art. 17. — Ningún penado cuya libertad condicional haya sido revocada, podrá obtenerla nuevamente.

Art. 18. — Los condenados por tribunales provinciales a reclusión o prisión por más de 5 años serán admitidos en los respectivos establecimientos nacionales. Las provincias podrán mandarlos siempre que no tuvieren establecimientos adecuados.

Art. 19. — La inhabilitación absoluta importa:

1. La privación del empleo o cargo público que ejercía el penado aunque provenga de elección popular.
2. La privación del derecho electoral.
3. La incapacidad para obtener cargos, empleos y comisiones públicas.
4. *[SEGUN LEY 21.338; VIGENTE POR LEY 23.077, ART. 2].* — La suspensión del goce de toda jubilación, pensión o retiro, civil o militar, cuyo importe será percibido por los parientes que tengan derecho a pensión. El tribunal podrá disponer, por razones de carácter asistencial, que la víctima o los deudos que estaban a su cargo concurran hasta la mitad de dicho importe, o que lo perciban en su totalidad, cuando el penado no tuviere parientes con derecho a pensión, en ambos casos hasta integrar el monto de las indemnizaciones fijadas.

Art. 20. — La inhabilitación especial producirá la privación del empleo, cargo, profesión o derecho sobre que recayere y la incapacidad para obtener otro del mismo género durante la condena.

La inhabilitación especial para derechos políticos producirá la incapacidad de ejercer durante la condena, aquellos sobre que recayere.

Art. 20 bis. *[AGREGADO POR LEY 21.338; VIGENTE POR LEY 23.077, ART. 2].* — Podrá imponerse inhabilitación especial de 6 meses a 10 años, aunque esa pena no esté expresamente prevista, cuando el delito cometido importe:

1. Incompetencia o abuso en el ejercicio de un empleo o cargo público.
2. Abuso en el ejercicio de la patria potestad, adopción, tutela o curatela.
3. Incompetencia o abuso en el desempeño de una profesión o actividad cuyo ejercicio dependa de una autorización, licencia o habilitación del poder público.

Art. 20 ter. *[AGREGADO POR LEY 21.338; VIGENTE POR LEY 23.077, ART. 2].* — El condenado a inhabilitación absoluta puede ser restituido al uso y goce de los derechos y capacidades de que fue privado, si se ha comportado correctamente durante la mitad del plazo de aquélla, o durante 10 años cuando la pena fuera perpetua, y ha reparado los daños en la medida de lo posible.

El condenado a inhabilitación especial puede ser rehabilitado, transcurrida la mitad del plazo de ella, o 5 años cuando la pena fuere perpetua, si se ha com-

portado correctamente, ha remediado su incompetencia o no es de temer que incurra en nuevos abusos y, además, ha reparado los daños en la medida de lo posible. Cuando la inhabilitación importó la pérdida de un cargo público o de una tutela o curatela, la rehabilitación no comportará la reposición en los mismos cargos. Para todos los efectos, en los plazos de inhabilitación no se computará el tiempo en que el inhabilitado haya estado prófugo, internado o privado de su libertad.

Art. 21. — La multa obligará al reo a pagar la cantidad de dinero que determinare la sentencia, teniendo en cuenta además de las causas generales del *art. 40*, la situación económica del penado.

Si el reo no pagare la multa en el término que fije la sentencia, sufrirá prisión que no excederá de año y medio.

El tribunal, antes de transformar la multa en la prisión correspondiente, procurará la satisfacción de la primera, haciéndola efectiva sobre los bienes, sueldos u otras entradas del condenado. Podrá autorizarse al condenado a amortizar la pena pecuniaria, mediante el trabajo libre, siempre que se presente ocasión para ello.

También se podrá autorizar al condenado a pagar la multa por cuotas. El tribunal fijará el monto y la fecha de los pagos, según la condición económica del condenado.

Art. 22. — En cualquier tiempo que se satisficiere la multa, el reo quedará en libertad.

Del importe se descontará, de acuerdo con las reglas establecidas para el cómputo de la prisión preventiva, la parte proporcional al tiempo de detención que hubiere sufrido.

Art. 22 bis. *[AGREGADO POR LEY 21.338; VIGENTE POR LEY 23.077, ART. 2; Y MONTO SEGUN LEY 24.286].* — Si el hecho ha sido cometido con ánimo de lucro, podrá agregarse a la pena privativa de libertad una multa, aun cuando no esté especialmente prevista o lo esté sólo en forma alternativa con aquélla. Cuando no esté prevista, la multa no podrá exceder de $ 90.000.

Art. 23. *[TEXTO ORIGINAL VIGENTE POR LEY 23.077, ART. 1].* — La condena importa la pérdida de los instrumentos del delito, los que, con los efectos provenientes del mismo, serán decomisados, a no ser que pertenecieren a un tercero no responsable. Los instrumentos decomisados no podrán venderse, debiendo destruirse. Pueden aprovechar sus materiales los gobiernos de provincia o el arsenal de guerra de la Nación.

Art. 24. *[MONTO SEGUN LEY 24.286].* — La prisión preventiva se computará así: por 2 días de prisión preventiva, 1 de reclusión; por 1 día de prisión preven-

tiva, 1 de prisión o 2 de inhabilitación o la cantidad de multa que el tribunal fijase entre $ 35 y $ 175.

Art. 25. — Si durante la condena el penado se volviere loco, el tiempo de la locura se computará para el cumplimiento de la pena, sin que ello obste a lo dispuesto en el apartado 3° del *inc. 1°* del *art. 34.*

Título Tercero
CONDENACION CONDICIONAL

Art. 26. *[SEGUN LEY 23.057].* — En los casos de primera condena a pena de prisión que no exceda de 3 años, será facultad de los tribunales disponer en el mismo pronunciamiento que se deje en suspenso el cumplimiento de la pena. Esta decisión deberá ser fundada, bajo sanción de nulidad, en la personalidad moral del condenado, su actitud posterior al delito, los motivos que lo impulsaron a delinquir, la naturaleza del hecho y las demás circunstancias que demuestren la inconveniencia de aplicar efectivamente la privación de libertad. El tribunal requerirá las informaciones pertinentes para formar criterio, pudiendo las partes aportar también la prueba útil a tal efecto.

Igual facultad tendrán los tribunales en los casos de concurso de delitos si la pena impuesta al reo no excediese los 3 años de prisión.

No procederá la condenación condicional respecto de las penas de multa o inhabilitación.

Art. 27. *[SEGUN LEY 23.057].* — La condenación se tendrá como no pronunciada si dentro del término de 4 años, contados a partir de la fecha de la sentencia firme, el condenado no cometiere un nuevo delito. Si cometiere un nuevo delito, sufrirá la pena impuesta en la primera condenación y la que le correspondiere por el segundo delito, conforme con lo dispuesto sobre acumulación de penas. La suspensión podrá ser acordada por segunda vez si el nuevo delito ha sido cometido después de haber transcurrido 8 años a partir de la fecha de la primera condena firme. Este plazo se elevará a 10 años, si ambos delitos fueran dolosos. En los casos de sentencias recurridas y confirmadas, en cuanto al carácter condicional de la condena, los plazos se computarán desde la fecha del pronunciamiento originario.

Art. 27 bis. *[AGREGADO POR LEY 24.316, ART. 1].* — Al suspender condicionalmente la ejecución de la pena, el tribunal deberá disponer que, durante un plazo que fijará entre dos y cuatro años según la gravedad del delito, el condenado cumpla todas o alguna de las siguientes reglas de conducta, en tanto resulten adecuadas para prevenir la comisión de nuevos delitos:

1. Fijar residencia y someterse al cuidado de un patronato.

2. Abstenerse de concurrir a determinados lugares o de relacionarse con determinadas personas.

3. Abstenerse de usar estupefacientes o de abusar de bebidas alcohólicas.

4. Asistir a la escolaridad primaria, si no la tuviere cumplida.

5. Realizar estudios o prácticas necesarios para su capacitación laboral o profesional.

6. Someterse a un tratamiento médico o psicológico, previo informe que acredite su necesidad y eficacia.

7. Adoptar oficio, arte, industria o profesión, adecuado a su capacidad.

8. Realizar trabajos no remunerados en favor del Estado o de instituciones de bien público, fuera de sus horarios habituales de trabajo.

Las reglas podrán ser modificadas por el tribunal según resulte conveniente al caso. Si el condenado no cumpliere con alguna regla, el tribunal podrá disponer que no se compute como plazo de cumplimiento todo o parte del tiempo transcurrido hasta ese momento. Si el condenado persistiere o reiterare el incumplimiento, el tribunal podrá revocar la condicionalidad de la condena. El condenado deberá entonces cumplir la totalidad de la pena de prisión impuesta en la sentencia.

Art. 28. — La suspensión de la pena no comprenderá la reparación de los daños causados por el delito y el pago de los gastos del juicio.

Título Cuarto
REPARACION DE PERJUICIOS

Art. 29. — La sentencia condenatoria podrá ordenar:

1. La indemnización del daño material y moral causado a la víctima, a su familia o a un tercero, fijándose el monto prudencialmente por el juez en defecto de plena prueba.

2. La restitución de la cosa obtenida por el delito, y si no fuere posible la restitución, el pago por el reo del precio corriente de la cosa, más el de estimación si lo tuviere.

3. El pago de costas.

4. Cuando la reparación civil no se hubiese cumplido durante la condena o cuando se hubiese establecido a favor del ofendido o de su familia una pena de indemnización, el juez, en caso de insolvencia señalará la parte de los salarios del responsable que debe ser aplicada a esas obligaciones, antes de proceder a concederle la libertad condicional.

Art. 30. — La obligación de indemnizar es preferente a todas las que contrajere el responsable después de cometido el delito y al pago de la multa.

Si sus bienes no fueren suficientes para cubrir todas las responsabilidades pecuniarias, se satisfarán éstas en el orden siguiente:

1. La indemnización de los daños y perjuicios.
2. El resarcimiento de los gastos del juicio.

Art. 31. — La obligación de reparar el daño es solidaria entre todos los responsables del delito.

Art. 32. — El que por título lucrativo participare de los efectos de un delito, estará obligado a la reparación hasta la cuantía en que hubiere participado.

Art. 33. — En caso de insolvencia total o parcial, se observarán las reglas siguientes:

1. Tratándose de condenados a reclusión o prisión, la reparación se hará en la forma determinada en el *art. 11*.

2. Tratándose de condenados a otras penas, el tribunal señalará la parte de sus entradas o emolumentos que deban depositar periódicamente hasta el pago total.

Título Quinto
IMPUTABILIDAD

Art. 34. — No son punibles:

1. El que no haya podido en el momento del hecho, ya sea por insuficiencia de sus facultades, por alteraciones morbosas de las mismas o por su estado de inconsciencia, error o ignorancia de hecho no imputable, comprender la criminalidad del acto o dirigir sus acciones.

En caso de enajenación, el tribunal podrá ordenar la reclusión del agente en un manicomio, del que no saldrá sino por resolución judicial, con audiencia del ministerio público y previo dictamen de peritos que declaren desaparecido el peligro de que el enfermo se dañe a sí mismo o a los demás.

En los demás casos en que se absolviere a un procesado por las causales del presente inciso, el tribunal ordenará la reclusión del mismo en un establecimiento adecuado hasta que se comprobase la desaparición de las condiciones que le hicieren peligroso.

2. El que obrare violentado por fuerza física irresistible o amenazas de sufrir un mal grave e inminente.

3. El que causare un mal por evitar otro mayor inminente a que ha sido extraño.

4. El que obrare en cumplimiento de un deber o en el legítimo ejercicio de su derecho, autoridad o cargo.

5. El que obrare en virtud de obediencia debida.

6. El que obrare en defensa propia o de sus derechos, siempre que concurrieren las siguientes circunstancias:

a) Agresión ilegítima.

b) Necesidad racional del medio empleado para impedirla o repelerla.
c) Falta de provocación suficiente por parte del que se defiende.

Se entenderá que concurren estas circunstancias respecto de aquel que durante la noche rechazare el escalamiento o fractura de los cercados, paredes o entradas de su casa, o departamento habitado o de sus dependencias, cualquiera que sea el daño ocasionado al agresor. Igualmente respecto de aquel que encontrare a un extraño dentro de su hogar, siempre que haya resistencia.

7. El que obrare en defensa de la persona o derechos de otro, siempre que concurran las circunstancias *a*) y *b*) del inciso anterior y caso de haber precedido provocación suficiente por parte del agredido, la de que no haya participado en ella el tercero defensor.

Art. 35. — El que hubiere excedido los límites impuestos por la ley, por la autoridad o por la necesidad, será castigado con la pena fijada para el delito por culpa o imprudencia.

Arts. 36 al 39. *[DEROGADOS POR LEY 14.394, ART. 57].*

Art. 40. — En las penas divisibres por razón de tiempo o de cantidad, los tribunales fijarán la condenación de acuerdo con las circunstancias atenuantes o agravantes particulares a cada caso y de conformidad a las reglas del artículo siguiente.

Art. 41. — A los efectos del artículo anterior, se tendrá en cuenta:

1. La naturaleza de la acción y de los medios empleados para ejecutarla y la extensión del daño y del peligro causados.

2. La edad, la educación, las costumbres y la conducta precedente del sujeto, la calidad de los motivos que lo determinaron a delinquir, especialmente la miseria o la dificultad para ganarse el sustento propio necesario y el de los suyos, la participación que haya tomado en el hecho, las reincidencias en que hubiere incurrido y los demás antecedentes y condiciones personales, así como los vínculos personales, la calidad de las personas y las circunstancias de tiempo, lugar, modo y ocasión que demuestren su mayor o menor peligrosidad. El juez deberá tomar conocimiento directo y de visu del sujeto, de la víctima y de las circunstancias del hecho en la medida requerida para cada caso.

Título Sexto
TENTATIVA

Art. 42. — El que con el fin de cometer un delito determinado comienza su ejecución, pero no lo consuma por circunstancias ajenas a su voluntad, sufrirá las penas determinadas en el *art. 44*.

Art. 43. — El autor de tentativa no estará sujeto a pena cuando desistiere voluntariamente del delito.

Art. 44. *[SEGUN LEY 11.221, DE FE DE ERRATAS; VIGENTE POR LEY 23.077, ART. 1].* — La pena que correspondería al agente, si hubiere consumado el delito, se disminuirá de un tercio a la mitad. Si la pena fuere de reclusión perpetua, la pena de la tentativa será reclusión de 15 a 20 años. Si la pena fuese de prisión perpetua, la de la tentativa será prisión de 10 a 15 años.

Si el delito fuera imposible, la pena se disminuirá en la mitad y podrá reducírsela al mínimo legal o eximirse de ella, según el grado de peligrosidad revelada por el delincuente.

Título Séptimo
PARTICIPACION CRIMINAL

Art. 45. — Los que tomaren parte en la ejecución del hecho o prestasen al autor o autores un auxilio o cooperación sin los cuales no habría podido cometerse, tendrán la pena establecida para el delito. En la misma pena incurrirán los que hubiesen determinado directamente a otro a cometerlo.

Art. 46. *[TEXTO ORIGINAL VIGENTE POR LEY 23.077, ART. 1].* — Los que cooperen de cualquier otro modo a la ejecución del hecho y los que presten una ayuda posterior cumpliendo promesas anteriores al mismo, serán reprimidos con la pena correspondiente al delito, disminuida de un tercio a la mitad. Si la pena fuere de reclusión perpetua, se aplicará reclusión de 15 a 20 años y si fuere de prisión perpetua, se aplicará prisión de 10 a 15 años.

Art. 47. — Si de las circunstancias particulares de la causa resultare que el acusado de complicidad no quiso cooperar sino en un hecho menos grave que el cometido por el autor, la pena será aplicada al cómplice solamente en razón del hecho que prometió ejecutar. Si el hecho no se consumase, la pena del cómplice se determinará conforme a los preceptos de este artículo y a los del título de la tentativa.

Art. 48. *[SEGUN LEY 11.221, DE FE DE ERRATAS].* — Las relaciones, circunstancias y calidades personales, cuyo efecto sea disminuir o excluir la penalidad, no tendrán influencia sino respecto al autor o cómplice a quienes correspondan. Tampoco tendrán influencia aquellas cuyo efecto sea agravar la penalidad, salvo el caso en que fueren conocidas por el partícipe.

Art. 49. — No se considerarán partícipes de lo delitos cometidos por la prensa a las personas que solamente prestaren al autor del escrito o grabado la cooperación material necesaria para su publicación, difusión o venta.

Título Octavo
REINCIDENCIA

Art. 50. *[SEGUN LEY 23.057].* — Habrá reincidencia siempre que quien hubiera cumplido, total o parcialmente, pena privativa de libertad impuesta por un tribunal del país cometiere un nuevo delito punible también con esa clase de pena.

La condena sufrida en el extranjero se tendrá en cuenta para la reincidencia si ha sido pronunciada por razón de un delito que pueda, según la ley argentina, dar lugar a extradición.

No dará lugar a reincidencia la pena cumplida por delitos políticos, los previstos exclusivamente en el Código de Justicia Militar, los amnistiados o los cometidos por menores de 18 años de edad.

La pena sufrida no se tendrá en cuenta a los efectos de la reincidencia cuando desde su cumplimiento hubiera transcurrido un término igual a aquel por la que fuera impuesta, que nunca excederá de 10 ni será inferior a 5 años.

Art. 51. *[SEGUN LEY 23.057].* — Todo ente oficial que lleve registros penales se abstendrá de informar sobre datos de un proceso terminado por sobreseimiento o sentencia absolutoria. En ningún caso se informará la existencia de detenciones que no provengan de la formación de causa, salvo que los informes se requieran para resolver un hábeas corpus o en causas por delitos de que haya sido víctima el detenido.

El registro de las sentencias condenatorias caducará a todos sus efectos:

1. Después de transcurridos 10 años desde la sentencia *(art. 27)* para las condenas condicionales.
2. Después de transcurridos 10 años desde su extinción para las demás condenas a penas privativas de la libertad.
3. Después de transcurridos 5 años desde su extinción para las condenas a pena de multa o inhabilitación.

En todos los casos se deberá brindar la información cuando mediare expreso consentimiento del interesado. Asimismo, los jueces podrán requerir la información excepcionalmente, por resolución que sólo podrá fundarse en la necesidad concreta del antecedente como elemento de prueba de los hechos en un proceso judicial.

Los tribunales deberán comunicar a los organismos de registro la fecha de caducidad:

1. Cuando se extingan las penas perpetuas.
2. Cuando se lleve a cabo el cómputo de las penas temporales, sean condicionales o de cumplimiento efectivo.
3. Cuando se cumpla totalmente la pena de multa o, en caso de su sustitución por prisión *(art. 21, párr. 2)*, al efectuar el cómputo de la prisión impuesta.

4. Cuando declaren la extinción de las penas en los casos previstos por los *arts. 65, 68* y *69*.

La violación de laprohibición de informar será considerada como violación de secreto en los términos del *art. 157*, si el hecho no constituyere un delito más severamente penado.

Art. 52. *[SEGUN LEY 23.057].* — Se impondrá reclusión por tiempo indeterminado, como accesoria de la última condena, cuando la reincidencia fuere múltiple en forma tal que mediaren las siguientes penas anteriores:

1. Cuatro penas privativas de libertad, siendo una de ellas mayor de 3 años;
2. Cinco penas privativas de libertad, de 3 años o menores.

Los tribunales podrán, por una única vez, dejar en suspenso la aplicación de esta medida accesoria, fundando expresamente su decisión en la forma prevista en el *art. 26*.

Art. 53. *[SEGUN LEY 23.057].* — En los casos del artículo anterior, transcurridos 5 años del cumplimiento de la reclusión accesoria, el tribunal que hubiera dictado la última condena o impuesto la pena única estará facultado para otorgarle la libertad condicional, previo informe de la autoridad penitenciaria, en las condiciones compromisorias previstas en el *art. 13*, y siempre que el condenado hubiera mantenido buena conducta, demostrando aptitud y hábito para el trabajo, y demás actitudes que permitan suponer verosímilmente que no constituirá un peligro para la sociedad. Transcurridos 5 años de obtenida la libertad condicional el condenado podrá solicitar su libertad definitiva al tribunal que la concedió, el que decidirá según sea el resultado obtenido en el período de prueba y previo informe del patronato, institución o persona digna de confianza, a cuyo cargo haya estado el control de la actividad del liberado. Los condenados con la reclusión accesoria por tiempo indeterminado deberán cumplirla en establecimientos federales.

La violación por parte del liberado de cualquiera de las condiciones establecidas en el *art. 13* podrá determinar la revocatoria del beneficio acordado y su reintegro al régimen carcelario anterior. Después de transcurridos 5 años de su reintegro al régimen carcelario podrá, en los casos de los *incs. 1, 2, 3* y *5* del *art. 13*, solicitar nuevamente su libertad condicional.

Título Noveno
CONCURSO DE DELITOS

Art. 54. — Cuando un hecho cayere bajo más de una sanción penal, se aplicará solamente la que fijare pena mayor.

Art. 55. *[SEGUN LEY 21.338; VIGENTE POR LEY 23.077, ART. 2].* — Cuando concurrieren varios hechos independientes reprimidos con una misma especie de pena, la pena aplicable al reo en tal caso tendrá como mínimo, el mínimo mayor y como máximo la suma resultante de la acumulación de las penas correspondientes a los diversos hechos. Sin embargo, esta suma no podrá exceder del máximum legal de la especie de pena de que se trate.

Art. 56. *[SEGUN LEY 21.338; VIGENTE POR LEY 23.077, ART. 2].* — Cuando concurrieren varios hechos independientes reprimidos con penas divisibles de reclusión o prisión se aplicará la pena más grave, teniendo en cuenta los delitos de pena menor.

Si alguna de las penas no fuere divisible, se aplicará ésta únicamente, salvo el caso en que concurrieren la de prisión perpetua y la de reclusión temporal, en que se aplicará reclusión perpetua.

La inhabilitación y la multa se aplicarán siempre sin sujeción a lo dispuesto en el párrafo primero.

Art. 57. — A los efectos del artículo anterior, la gravedad relativa de las penas de diferente naturaleza se determinará por el orden en que se hallan enumeradas en el *art. 5*.

Art. 58. — Las reglas precedentes se aplicarán también en el caso en que después de una condena pronunciada por sentencia firme se deba juzgar a la misma persona que esté cumpliendo pena por otro hecho distinto; o cuando se hubieren dictado dos o más sentencias firmes con violación de dichas reglas. Corresponderá al juez que haya aplicado la pena mayor dictar, a pedido de parte, su única sentencia, sin alterar las declaraciones de hechos contenidas en las otras.

Cuando por cualquier causa la justicia federal, en autos en que ella haya intervenido, no pueda aplicar esta regla, lo hará la justicia ordinaria nacional o provincial que conoció de la infracción penal, según sea el caso.

Título Décimo
EXTINCION DE ACCIONES Y DE PENAS

Art. 59. — La acción penal se extinguirá:

1. Por la muerte del imputado.
2. Por la amnistía.
3. Por la prescripción.
4. Por la renuncia del agraviado, respecto de los delitos de acción privada.

Art. 60. — La renuncia de la persona ofendida al ejercicio de la acción penal, sólo perjudicará al renunciante y a sus herederos.

Art. 61. — La amnistía extinguirá la acción penal y hará cesar la condena y todos sus efectos, con excepción de las indemnizaciones debidas a particulares.

Art. 62. *[SEGUN LEY 23.077, ART. 3].* — La acción penal se prescribirá durante el tiempo fijado a continuación:

1. A los 15 años, cuando se tratare de delitos cuya pena fuere la de reclusión o prisión perpetua.
2. Después de transcurrido el máximo de duración de la pena señalada para el delito, si se tratare de hechos reprimidos con reclusión o prisión, no pudiendo, en ningún caso, el término de la prescripción exceder de 12 años ni bajar de 2 años.
3. A los 5 años, cuando se tratare de un hecho reprimido únicamente con inhabilitación perpetua.
4. Al año, cuando se tratare de un hecho reprimido únicamente con inhabilitación temporal.
5. A los 2 años, cuando se tratare de hechos reprimidos con multa.

Art. 63. — La prescripción de la acción empezará a correr desde la medianoche del día en que se cometió el delito o, si éste fuere continuo, en que cesó de cometerse.

Art. 64. *[SEGUN LEY 24.316, ART. 6].* — La acción penal por delito reprimido con multa se extinguirá en cualquier estado de la instrucción y mientras no se haya iniciado el juicio, por el pago voluntario del mínimo de la multa correspondiente y la reparación de los daños causados por el delito.

Si se hubiese iniciado el juicio deberá pagarse el máximo de la multa correspondiente, además de repararse los daños causados por el delito. En ambos casos el imputado deberá abandonar en favor del Estado, los objetos que presumiblemente resultarían decomisados en caso que recayera condena.

El modo de extinción de la acción penal previsto en este artículo podrá ser admitido por segunda vez si el nuevo delito ha sido cometido después de haber transcurrido 8 años a partir de la fecha de la resolución que hubiese declarado la extinción de la acción penal en la causa anterior.

Art. 65. *[SEGUN LEY 23.077, ART. 4].* — Las penas se prescriben en los términos siguientes:

1. La de reclusión perpetua, a los 20 años.
2. La de prisión perpetua, a los 20 años.
3. La de reclusión o prisión temporal, en un tiempo igual al de la condena.
4. La de multa, a los 2 años.

Art. 66. — La prescripción de la pena empezará a correr desde la medianoche del día en que se notificare al reo la sentencia firme o desde el quebrantamiento de la condena, si ésta hubiere empezado a cumplirse.

Art. 67. *[SEGUN LEY 13.569].* — La prescripción se suspende en los casos de los delitos para cuyo juzgamiento sea necesaria la resolución de cuestiones previas o prejudiciales, que deban ser resueltas en otro juicio. Terminada la causa de la suspensión, la prescripción sigue su curso.

[PARRAFO SEGUN LEY 21.338; VIGENTE POR LEY 23.077, ART. 2]. — La prescripción también se suspende en los casos de delitos previstos en los caps. *6, 7, 8, 9, 9 bis* y *10* del *tít. XI, Libro 2*, de este Código, mientras cualquiera de los que hayan participado se encuentre desempeñando un cargo público.

[PARRAFO AGREGADO POR LEY 23.077, ART. 9]. — El curso de la prescripción de la acción penal correspondiente a los delitos previstos en los *arts. 226 y 227 bis*, se suspenderá hasta el restablecimiento del orden constitucional. La prescripción se interrumpe por la comisión de otro delito o por la secuela del juicio.

La prescripción corre, se suspende o se interrumpe separadamente para cada uno de los partícipes del delito.

Art. 68. — El indulto del reo extinguirá la pena y sus efectos, con excepción de las indemnizaciones debidas a particulares.

Art. 69. — El perdón de la parte ofendida extinguirá la pena impuesta por delito de los enumerados en el *art. 73*. Si hubiere varios partícipes, el perdón en favor de uno de ellos aprovechará a los demás.

Art. 70. — Las indemnizaciones pecuniarias inherentes a las penas, podrán hacerse efectividad sobre los bienes propios del condenado, aun después de muerto.

Título Undécimo
DEL EJERCICIO DE LAS ACCIONES

ART. 71. — Deberán iniciarse de oficio todas las acciones penales, con excepción de las siguientes:

1. Las que dependieren de instancia privada.
2. Las acciones privadas.

Art. 72. *[SEGUN LEY 23.487].* — Son acciones dependientes de instancia privada las que nacen de los siguientes delitos:

1. Violación, estupro, rapto y abuso deshonesto cuando no resultare la muerte de la persona ofendida o lesiones de las mencionadas en el *art. 91*.

2. Lesiones leves, sean dolosas o culposas. Sin embargo, en los casos de este inciso se procederá de oficio cuando mediaren razones de seguridad o interés público. En los casos de este artículo, no se procederá a formar causa sino por acusación o denuncia del agraviado o de su tutor, guardador o representantes

legales. Sin embargo, se procederá de oficio cuando el delito fuere cometido contra un menor que no tenga padres, tutor ni guardador, o que lo fuere por uno de sus ascendientes, tutor o guardador.

3. *[AGREGADO POR LEY 24.270].* — Impedimento de contacto de los hijos menores con sus padres no convivientes.

Art. 73. *[SEGUN LEY 24.453].* — Son acciones privadas las que nacen de los siguientes delitos:

1. Calumnias e injurias.
2. Violación de secretos, salvo en los casos de los *arts. 154* y *157*.
3. Concurrencia desleal, prevista en el *art. 159*.
4. Incumplimiento de los deberes de asistencia familiar, cuando la víctima fuere el cónyuge.

Art. 74. *[DEROGADO POR LEY 24.453].*

Art. 75. *[TEXTO ORIGINAL VIGENTE POR LEY 23.077, ART. 1].* — La acción por calumnia o injuria, podrá ser ejercitada sólo por el ofendido y después de su muerte por el cónyuge, hijos, nietos o padres sobrevivientes.

Art. 76.— En los demás casos del *art. 73*, se procederá únicamente por querella o denuncia del agraviado o de sus guardadores o representantes legales.

Título Doceavo

DE LA SUSPENSION DEL JUICIO A PRUEBA

[AGREGADO POR LEY 24.316, ART. 2]

Art. 76 bis. *[SEGUN LEY 24.316, ART. 3].* — El imputado de un delito de acción pública reprimido con pena de reclusión o prisión cuyo máximo no exceda de tres años, podrá solicitar la suspensión del juicio a prueba.

En los casos de concurso de delitos, el imputado también podrá solicitar la suspensión del juicio a prueba si el máximo de la pena de reclusión o prisión aplicable no excediese de tres años.

Al presentar la solicitud, el imputado deberá ofrecer hacerse cargo de la reparación del daño en la medida de lo posible, sin que ello implique confesión ni reconocimiento de la responsabilidad civil correspondiente. El juez decidirá sobre la razonabilidad del ofrecimiento en resolución fundada. La parte damnificada podrá aceptar o no la reparación ofrecida, y en este último caso, si la realización del juicio se suspendiere, tendrá habilitada la acción civil correspondiente.

Si las circunstancias del caso permitieran dejar en suspenso el cumplimiento de la condena aplicable, y hubiese consentimiento del fiscal, el tribunal podrá suspender la realización del juicio.

Si el delito o alguno de los delitos que integran el concurso estuviera reprimido con pena de multa aplicable en forma conjunta o alternativa con la de prisión, será condición, además, que se pague el mínimo de la multa correspondiente.

El imputado deberá abandonar en favor del Estado, los bienes que presumiblemente resultarían decomisados en caso que recayera condena.

No procederá la suspensión del juicio a prueba cuando un funcionario público, en el ejercicio de sus funciones, hubiese participado en el delito.

Tampoco procederá la suspensión del juicio a prueba respecto de los delitos reprimidos con pena de inhabilitación.

Art. 76 ter. *[SEGUN LEY 24.316, ART. 4].* — El tiempo de la suspensión del juicio será fijado por el tribunal entre uno y tres años, según la gravedad del delito. El tribunal establecerá las reglas de conducta que deberá cumplir el imputado, conforme las previsiones del *art. 27 bis*.

Durante ese tiempo se suspenderá la prescripción de la acción penal.

La suspensión del juicio será dejada sin efecto si con posterioridad se conocieran circunstancias que modifiquen el máximo de la pena aplicable o la estimación acerca de la condicionalidad de la ejecución de la posible condena.

Si durante el tiempo fijado por el tribunal el imputado no comete un delito, repara los daños en la medida ofrecida y cumple con las reglas de conducta establecidas, se extinguirá la acción penal. En caso contrario, se llevará a cabo el juicio y si el imputado fuere absuelto se le devolverán los bienes abandonados en favor del Estado y la multa pagada, pero no podrá pretender el reintegro de las reparaciones cumplidas.

Cuando la realización del juicio fuese determinada por la comisión de un nuevo delito, la pena que se imponga no podrá ser dejada en suspenso.

La suspensión de un juicio a prueba podrá se concedida por segunda vez si el nuevo delito ha sido cometido después de haber transcurrido ocho años a partir de la fecha de expiración del plazo por el cual hubiera sido suspendido el juicio en el proceso anterior. No se admitirá una nueva suspensión de juicio respecto de quien hubiese incumplido las reglas impuestas en una suspensión anterior.

Art. 76 quater. *[SEGUN LEY 24.316, ART. 5].* — La suspensión del juicio a prueba hará inaplicables al caso las reglas de prejudicialidad de los *arts. 1101* y *1102* del Código Civil, y no obstará a la aplicación de las sanciones contravencionales, disciplinarias o administrativas que pudieran corresponder.

Título Treceavo

SIGNIFICACION DE CONCEPTOS EMPLEADOS EN EL CODIGO

[NUMERACION SEGUN LEY 24.316, ART. 2]

Art. 77. *[SEGUN LEY 21.931].* — Para la inteligencia del texto de este Código, se tendrán presentes las siguientes reglas:

Los plazos a que este Código se refiere serán contados con arreglo a las disposiciones del Código Civil. Sin embargo, la liberación de los condenados a penas privativas de libertad se efectuará al mediodía del día correspondiente.

La expresión "reglamentos" u "ordenanzas", comprende todas las disposiciones de carácter general dictadas por la autoridad comp0etente en la materia de que traten.

Por los términos "funcionario público" y "empleado público", usados en este Código, se designa a todo el que participa accidental o permanentemente del ejercicio de funciones públicas, sea por elección popular o por nombramiento de autoridad competente.

Con la palabra "mercaderías", se designa toda clase de efectos susceptibles de expendio.

El término "capitán", comprende a todo comandante de embarcación o al que le sustituye.

El término "tripulación", comprende a todos los que se hallan a bordo como oficiales o marineros.

[PARRAFO SEGUN LEY 23.737]. — El término "estupefacientes" comprende los estupefacientes, psicotrópicos y demás sustancias susceptibles de producir dependencia física o psíquica que se incluyan en las listas que se elaboren y actualicen periódicamente por decreto del Poder Ejecutivo nacional.

Art. 78. — Queda comprendido en el concepto de "violencia" el uso de medios hipnóticos o narcóticos.